



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Schwere Schuld als Ausschlusskriterium bei der Diversion

Verfasserin

Mag. iur. Tamara Maria Christ

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaft (Dr. iur.)

Wien, 7.7. 2010	
Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuerin / Betreuer:	Univ.-Prof. Dr. Frank Höpfel

Danksagung

Diese Arbeit wurde im Juli 2010 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien als Dissertation angenommen. Ich möchte meinen aufrichtigen Dank an alle aussprechen, die zum Gelingen dieser Arbeit beitrugen.

Für meine Doktorarbeit schulde ich sehr vielen Menschen einen herzlichen Dank. Besonders möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Herrn Univ. Prof. Dr. Frank Höpfel, bedanken, der mir sehr viel Geduld entgegen brachte und mit wertvollen Ratschlägen für das Gelingen der Arbeit sorgte.

Des Weiteren möchte ich mich bei meinem ehemaligen Kollegen und Ansprechpartner, Dr. Robert Kert, bedanken, der nicht nur in fachspezifischen, sondern auch in privaten Gesprächen immer dafür sorgte meinen Geist anzustrengen.

Besonderer Dank gebührt auch Hofrat des OGH Hon.-Prof. Dr. Hans Valentin Schroll, der mich als Zweitbegutachter mit wertvollen Anmerkungen und praxisnahen Hinweisen unterstützt hat.

Bedanken möchte ich mich auch bei meiner Mama, die mich stets bestärkte, wenn ich an mir zweifelte.

Ein riesen Dank gebührt auch meinem Lebensgefährten, Udo Baumgartner, der mit „Pluto“ mitlebte und mir rundherum viel abnahm, damit ich genügend Zeit in das Verfassen dieser Arbeit investieren konnte.

Wien am 7.7.2010

Tamara Maria Christ

I. Inhaltsverzeichnis

I.	Inhaltsverzeichnis	I
II.	Abkürzungsverzeichnis	V
1.	Problemstellung	1
1.1.	Überblick	1
1.2.	Aufbau der Untersuchung	2
2.	Die Diversion	3
2.1.	Definition	3
2.2.	Der Unterschied zwischen der schlichten und der intervenierenden Diversion	7
2.2.1.	Die schlichte Diversion	7
2.2.2.	Die intervenierende Diversion	8
2.3.	Die Voraussetzungen für eine diversionelle Erledigung	8
2.3.1.	Die Zahlung eines Geldbetrages	9
2.3.2.	Die Erbringung gemeinnütziger Leistungen	10
2.3.3.	Die Bestimmung einer Probezeit	10
2.3.4.	Der Tauschgleich	11
2.4.	Zusammenfassung	12
3.	Die schwere Schuld als Diversionsgrenze	14
4.	Das Schuldprinzip	17
4.1.	Allgemeines	17
4.2.	Schuld als Voraussetzung für die Strafbarkeit im Sinne des § 4 StGB	18
4.2.1.	Der normative Schuldbegriff	19
4.2.1.1.	Die Willensfreiheit und der Mangel an Normverbundenheit	20
4.2.1.2.	Die drei Elemente des Schuldbegriffs	21
4.2.1.3.	Haftung für den Charakter	22
4.2.1.4.	Gebots-, Verbotsnormen und Entschuldigungsgründe	24
4.2.2.	Der charakterologische Schuldbegriff	26
4.2.2.1.	Entstehung	26
4.2.2.2.	Der maßgerechte Mensch	26
4.2.3.	Maßkomponenten des Schuldbegriffs	28
4.2.4.	Die Rechtfertigung der Strafe durch Schuld und kriminalpolitische Notwendigkeit	29
4.3.	Abgrenzung zwischen Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld	29
4.3.1.	Strafzumessung im weiteren Sinn	31
4.3.2.	Strafzumessung im engeren Sinn	31
4.4.	Strafzumessungsschuld: Handlungs-, Gesinnungs- und Erfolgsunwert	31
4.4.1.	Handlungsunwert	36
4.4.2.	Gesinnungsunwert	38
4.4.3.	Erfolgsunwert	39
4.5.	Die Dreiteilung der Schuld	41

4.6.	Juristische Personen und der Schuldgrundsatz	42
4.6.1.	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz	42
4.6.1.1.	Allgemeines	42
4.6.1.2.	Die Schuld im Verbandsverantwortlichkeitsgesetz	43
4.6.2.	Diversion im Verbandsverantwortlichkeitsgesetz	47
5.	Einschlägige Rechtsmittelentscheidungen österreichischer Gerichte	49
5.1.	OGH 4.10.1989, 14 Os 89/89	49
5.2.	OGH 20.12.1989, 14 Os 109,110/89	51
5.3.	OGH 20.11.1990, 15 Os 105/90	53
5.4.	OGH 7.3.1991, 15 Os 148/90	54
5.5.	OGH 11.4.1991, 12 Os 8/91	54
5.6.	OGH 13.2.1997, 15 Os 3/97	55
5.7.	OGH 14.10.1997, 11 Os 107/97	56
5.8.	OGH 11.2.1999, 15 Os 190/98	57
5.9.	LGSt Wien 11.1.2001, 13a BI 615/00	58
5.10.	LGSt Wien 18.1.2001, 13a BI 619/00	59
5.11.	OGH 11.10.2000, 13 Os 111/00	60
5.12.	OLG Wien 11.12.2001, 20 Bs 401/01	62
5.13.	OGH 25.4.2001, 13 Os 2/01	64
5.14.	OGH 10.1.2002, 15 Os 164/01	65
5.15.	OGH 7.3.2002, 15 Os 1/02	66
5.16.	OGH 7.5.2002, 14 Os 38/02	67
5.17.	OGH 1.10.2002, 11 Os 81/02	68
5.18.	OGH 28.11.2002, 15 Os 110/02	71
5.19.	OGH 29.1.2003, 13 Os 7,8/03	72
5.20.	OGH 27.3.2003, 12 Os 18/03	75
5.21.	OGH 12.6.2003, 15 Os 68/03, 69/02	77
5.22.	OGH 18.11.2003, 14 Os 118/03	78
5.23.	OGH 11.11.2003, 11 Os 126/03	79
5.24.	OGH 19.5.2004, 13 Os 16/04	80
5.25.	OGH 5.8.2004, 12 Os 45/04	81
5.26.	OGH 14.11.2006, 14 Os 84/06v	83
5.27.	OGH 2.5.2007, 13 Os 35/07g	84
5.28.	OGH 30.5.2007, 15 Os 42/07a	85
5.29.	OGH 22.11.2007, 15 Os 128/07y	87
5.30.	OGH 15.4.2008, 14 Os 32/08z	90
5.31.	OGH 21.8.2008, 15 Os 64/08p,65/08k	92
6.	Abgrenzung zu anderen Bestimmungen, die auf die Schwere der Schuld abstellen	95
6.1.	§ 42 StGB alt: Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat	95
6.1.1.	Grundsätzliches	95

6.1.2.	Das Verhältnis zu § 141 StGB.....	101
6.1.3.	Das Verhältnis zu § 88 Abs 2 StGB.....	102
6.1.4.	Die Entscheidung des OGH 14 Os 109,110/89.....	103
6.1.5.	Der Versuch und § 42 StGB alt	104
6.1.6.	Blebschäden aus Verkehrsunfällen	105
6.1.7.	Zusammenfassung	106
6.2.	§ 191 StPO – Der geringe Stöwert der Tat	109
6.3.	§ 88 Abs 2 StGB	111
6.3.1.	Kein schweres Verschulden	111
6.3.2.	Schweres Verschulden nach § 88 Abs 2 StGB und schwere Schuld gemäß § 198 StPO	115
6.3.3.	§ 4 Abs 2 Z 2 JGG	116
7.	Andere Diversionsbestimmungen neben § 198 StPO, die auf die Schwere der Schuld abstellen	119
7.1.	Bestimmungen des JGG	119
7.1.1.	§ 6 JGG.....	119
7.1.2.	§ 7 JGG.....	120
7.1.3.	§ 7 JGG alt.....	122
7.2.	§ 35 SMG – Diversion bei Suchtmittelmissbrauch	123
7.2.1.	Grundsätzliches	123
7.2.2.	Verhältnis der Diversion nach SMG und Diversion nach StPO	125
8.	Elemente oder Umstände, die die Schwere der Schuld beeinflussen	127
8.1.	Strafdrohung als Indiz für einen niedrigen Unrechts- und Schuldgehalt.....	127
8.1.1.	Allgemeines	127
8.1.2.	Diversioneller Ausschluss von spezifischen Deliktst kategorien	132
8.1.3.	Ausschluss einer diversionellen Erledigung aufgrund § 198 Abs 2 Z 3 StPO	134
8.2.	Milderungs- und Erschwerungsgründe.....	135
8.3.	Die Bedeutung des Doppelverwertungsverbots	138
8.4.	Einfluss von Vorsatz und Fahrlässigkeit auf die Schuld.....	140
8.4.1.	Diversion bei Verkehrsunfällen	143
8.4.1.1.	Einleitung.....	143
8.4.1.2.	Verkehrsunfälle mit Alkoholeinfluss	146
8.5.	Das Nachtatverhalten und die Schuldeinsicht des Beschuldigten	151
8.5.1.	Positives Nachtatverhalten im Verhältnis zur Generalprävention	151
8.5.2.	Schuldeinsicht als Voraussetzung für eine diversionelle Erledigung	153
8.6.	Schuldsteigernde und schuld mindernde Umstände.....	158
8.6.1.	Schuldsteigernde Momente	158
8.6.2.	Schuld mindernde Momente	159
8.7.	Bedeutung des Rückfalles.....	160
8.7.1.	Der Erschwerungsgrund gem § 33 Z 2 StGB.....	160

8.7.2.	Strafschärfung bei Rückfall (§ 39 StGB).....	161
8.7.3.	Frühere diversionelle Erledigungen	163
8.7.4.	Rückfall und SMG	163
9.	Das Verhältnis zwischen nicht schwerer Schuld und Präventionserfordernissen.....	164
9.1.	Allgemeines	164
9.2.	Spezialprävention	165
9.2.1.	Einleitung	165
9.2.2.	Rückfall nach einem Tatausgleich	166
9.3.	Generalprävention	167
9.4.	Schuld, Strafe und Prävention.....	169
10.	Schlussfolgerungen.....	171
10.1.	Allgemeines	171
10.2.	§ 88 StGB – schweres Verschulden.....	173
10.3.	Diversion bei Verkehrsunfällen.....	173
10.4.	Die Strafdrohung als Indiz für einen niedrigen Unrechts- und Schuldgehalt	174
10.5.	Milderungs- und Erschwerungsgründe.....	175
10.6.	Die Schuldeinsicht des Beschuldigten	175
10.7.	Die Vorstrafe bei einem diversionellen Vorgehen und früherer diversionelle Erledigungen	175
10.8.	Schulderhöhende Merkmale.....	176
10.9.	Schuldmildernde Merkmale	176
III.	Literaturverzeichnis	IX
Anhang	XVI

II. Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch 1811 JGS 946 idgF
Abk	Abkommen
Abs	Absatz
Abschn	Abschnitt
aF	alte Fassung
allgem	allgemein
aM	anderer Meinung
Angekl	Angeklagter
Anh	Anhang
Anl	Anlage
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt (Jahr, Seite bzw Jahr/Nummer)
arg	argumento
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl	Auflage
Bd	Band
Beh	Behörde
Bem	Bemerkung
bes	besondere(n)
Best	Bestimmung(en)
betr	betreffend
bzgl	bezüglich
Blg	Beilage(n)
BlgBR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Bundesrats
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BG	Bezirksgericht, Bundesgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt (Jahr/Nummer bzw Teil/Jahr/Nr)
BM	Bundesminister, Bundesministerium
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BT	Besonderer Teil
ders	derselbe
dgl	dergleichen

dh	das heißt
di	das ist
diesbzgl	diesbezüglich
ds	das sind
€	Euro
E	Entscheidung
EB	Erläuternde Bemerkungen
EinfG	Einführungsgesetz
etc	et cetera
ER	Einzelrichter
Erl	Erläuterung
Erg	Ergänzung
Erk	Erkenntnis
Erkl	Erklärung
Erl	Erlass
Erläut	Erläuterung(en)
ev	eventuell
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen des Obersten Gerichtshofs in der Österreichischen Juristen-Zeitung
f	folgende
ff	und die folgenden
FinStrBeh	Finanzstrafbehörde
FinStrG	Finanzstrafgesetz, BG 26.6.1958 betreffend das Finanzstrafrecht und das Finanzstrafverfahrensrecht BGBl 1958/129 (Stammfassung), idF BGBl I 2009/20
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GedS	Gedächtnisschrift
gem	gemäß
gerichtl	gerichtlich
gesetzl	gesetzlich(e, en, er)
ggf	gegebenenfalls
GH	Gerichtshof
GH I bzw II	Gerichtshof erster Instanz bzw zweiter Instanz
GP	Gesetzgebungsperiode
hA	herrschende Ansicht

hins	hinsichtlich
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
hRsp	herrschende Rechtsprechung
Hrsg	Herausgeber
HV	Hauptverhandlung
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
ieS	im engeren Sinn
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des, der
iVm	in Verbindung mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JABl	Amtsblatt der österreichischen Justizverwaltung
JBt	Juristische Blätter
Jg	Jahrgang
JGG	Jugendgerichtsgesetz 1988, BGBl 1988/599 idF BGBl I 2009/52
JMV	Verordnung des Bundesministeriums (Bundesministers) für Justiz
Jud	Judikatur
JusGuide	http://www.jusguide.at
Kap	Kapitel
leg cit	legis citatae
Lfg	Lieferung
LG	Landesgericht
lit	litera
lt	laut
mE	meines Erachtens
mA	mit Anmerkung
maW	mit anderen Worten
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nachbem	Nachbemerken
Nachw	Nachweise
NB	Nichtigkeitsbeschwerde
nF	neue Fassung

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Nr	Nummer
NR	Nationalrat
NRsp	Neue Rechtsprechung des OGH, Beilage zur Österreichischen Juristen-Zeitung
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Nov	Novelle
o	ordentlich
ö	österreichisch, -er, -e, -es (vor einer Abkürzung)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
oä	oder ähnliche
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
Prot	Protokoll(e)
RA	Rechtsanwalt
RAO	Rechtsanwaltsordnung RGBI 1886/96 idF BGBl I 2005/164
RM	Rechtsmittel
Rsp	Rechtsprechung
RspSt	Österreichische Rechtsprechung in Strafsachen, Beilage der Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht 1910 bis 1918
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
RZ	Österreichische Richterzeitung
S	Schilling
SMG	Suchtmittelgesetz, BGBl I 1997/112 Art I idF BGBl I 2008/143
sog	so genannt(e)
SPG	Sicherheitspolizeigesetz, BGBl 1991/566 idF BGBl I 2009/72
SSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten
StA	Staatsanwalt (-schaft)
StGB	Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60 idF BGBl I 2009/98
StPÄG	Strafprozessänderungsgesetz
StPO	Strafprozessordnung, BGBl 1975/631 idF BGBl I 2009/98
StRÄG 1987	Strafrechtsänderungsgesetz 1987/605
stRsp	ständige Rechtsprechung
StVO	Straßenverkehrsordnung, BGBl 1960/159 idF BGBl I 2009/93
U	Urteil

ua	und andere, unter anderem
uä	und ähnlich(e)
udgl	und dergleichen
U-Haft	Untersuchungshaft
UR	Untersuchungsrichter
VBVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz BGBl I 2005/151 idF BGBl I 2007/112
Verf	Verfahren
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
Vorbem	Vorbemerkungen
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WK-StGB	Wiener Kommentar zum StGB: 1. Aufl (Hrsg: <i>Forreger/Nowakowski</i>), 2. Auflage (Hrsg: <i>Höpfel/Ratz</i>)
WK-StPO	Wiener Kommentar zur StPO (Hrsg: <i>Fuchs/Ratz</i>)
Z	Ziffer
zit	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung RGBI 1895/113 idF BGBl I 2009/75
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zT	zum Teil
zust	zustimmend
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (Jahr, Seite bzw Jahr/Nummer)

1. Problemstellung

1.1. Überblick

Der österreichische Gesetzgeber¹ hat mit der am 1.1.2000 eingeführten Diversionsregelung für den Bereich der leichten und der mittleren Kriminalität moderne Sanktionsformen geschaffen. Bei der Diversion wird auf ein förmliches Strafverfahren und die Verhängung von Sanktionen im formellen Sinn verzichtet. Ein Vorgehen nach dem 11. Hauptstück § 198 StPO (IXa. Hauptstück der StPO alt²) ist jedoch ausgeschlossen,

- wenn die strafbare Handlung in die Zuständigkeit des Schöffengerichts oder Geschworenengerichts fällt,
- die Schuld des Beschuldigten als schwer anzusehen wäre,
- die Tat den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat oder
- keine der in Betracht kommenden diversionellen Maßnahmen auszureichen scheint, um den Regelungen strafbarer Handlungen durch den Beschuldigten oder andere entgegenzuwirken.

Ich möchte mich in meiner Arbeit mit der zweiten dieser Ausschlussgründe beschäftigen – dem Kriterium, ob die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer anzusehen wäre – und mich unter anderem mit folgenden Fragen auseinandersetzen:

- Wann nimmt die Rechtsprechung schwere Schuld an?
- Welche Kriterien sind für die schwere Schuld relevant?
- Sind bei § 198 StPO im Gegensatz zu § 42 StGB alt (nunmehr: § 191 StPO Einstellung wegen Geringfügigkeit) für die Beurteilung der Schuld auch die Tatfolgen (dh neben Handlungs- und Gesinnungsunwert auch der Erfolgsunwert) zu berücksichtigen?
- In welchem Verhältnis stehen die Begriffe der „geringen“ und der „nicht schweren“ Schuld?

¹ Die in dieser Dissertation verwendeten personenbezogenen Ausdrücke umfassen Frauen und Männer gleichermaßen.

² Im Anhang befindet sich eine Gegenüberstellung der Diversionsregelungen alt und neu.

- Welche Bedeutung hat die Strafdrohung des jeweiligen Deliktstypus für die Beurteilung, ob die Schuld als nicht schwer zu qualifizieren ist?
- Wie aussagekräftig ist die Obergrenze der Strafdrohung?
- Wie verhält es sich, wenn bei den Jugendstraftaten eine Mindeststrafdrohung fehlt?

1.2. Aufbau der Untersuchung

Zu Beginn der Untersuchung werden das Schuldprinzip im allgemeinen Strafrecht und der spezielle Schuldbegriff bei der Diversion erläutert. Daran anschließend werden Entscheidungen des OGH und der Rechtsmittelinstanz aufbereitet und anhand dieser die einzelnen Problemstellungen erörtert. Im Aufbau geht es dann weiter zu den einzelnen Thesen, die dann zu einer Lösung respektive einem Ergebnis führen sollen.

2. Die Diversion

2.1. Definition

Bei dem aus den USA kommenden Begriff „Diversion“, der sich aus dem lateinischen „diversus“ (Ablenkung oder Abweichung) herleitet, handelt es sich um Vergehen im unteren und mittleren Kriminalitätsbereich, bei denen der Staat auf ein förmliches Strafverfahren und die Verhängung von Sanktionen im formellen Sinn verzichtet.³ Es ist eine Chance, auf einen erheblichen Teilbereich der Kriminalität täterbezogener reagieren zu können als mit den traditionellen Instrumenten des Strafrechts.⁴ Es handelt sich eben um eine „Umleitung“ auf informelle Erledigungsweisen durch die Strafjustiz. *Miklau/Schroll* sprechen von einem „anderen Umgang mit Straftaten“.⁵

Diversion bedeutet aber keinesfalls Entkriminalisierung, denn die Tat bleibt strafbares Verhalten, lediglich die Sanktionierung bleibt aus, es kommt stattdessen zu einem dem Strafverfahren vorgeschalteten Verfahren, bei dem der Verdächtige seine Bereitschaft, Verantwortung für die Tat zu übernehmen, unter Beweis stellt.⁶ Dh das gemeinsame Merkmal aller Diversionsformen ist der Verzicht auf den Schuldspruch.

Dahinter steht ein doppelter Zweck. Zum einen hofft man, dass das alternative Vorgehen einer neuerlichen Deliktsbegehung besser entgegenwirkt als die klassische Strafverfolgung – *Schroll* spricht von täterorientiert wirkenden Maßnahmen⁷ – und auf der anderen Seite verspricht man sich durch die Vermeidung zumindest von Teilen des Strafverfahrens eine Entlastung des strafrechtlichen Kontrollapparates.⁸

Es bestanden vielfach Zweifel an der Notwendigkeit, Delikte im unteren und mittleren Kriminalitätsbereich tatsächlich mit Geld- oder sogar Freiheitsstrafen zu sanktionieren⁹ und die Zahl der vorbestraften Bürger zu mehren, zumal mit einer Vorstrafe gleichzeitig

³ *Kienapfel/Höpfel*, Grundriss des österreichischen Strafrechts - Allgemeiner Teil¹³ (2009) 299.

⁴ *Burgstaller*, Bedeutung der neuen Diversionsregelungen für das österreichische Strafrecht, in *Miklau/Schroll*, Diversion - ein anderer Umgang mit Straftaten (1999) 11.

⁵ *Miklau/Schroll*, Diversion - ein anderer Umgang mit Straftaten (1999) 2.

⁶ *Maleczky*, Strafrecht Allgemeiner Teil II¹³ (2009) 15.

⁷ *Schroll*, Diversion als Ausdruck eines Paradigmenwechsels der Strafrechtsdogmatik, in *FS Moos* 261;

⁸ *Burgstaller*, Aktuelle Wandlungen im Grundverständnis des Strafrechts, *JB* 1996, 362; ders., Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft, in *Perspektiven der Diversion in Österreich*, in *BMJ Schriftenreihe* 70 (1995) 126.

⁹ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 13: Der Diversion liegt der Gedanke zugrunde, dass es im Interesse der raschen Wiederherstellung des Rechtsfriedens geboten sein kann, auf Verfolgung und Bestrafung überhaupt zu verzichten.

die Chance auf eine berufliche Anstellung erheblich erschwert wird¹⁰, da im Strafregister¹¹ lediglich der Tatbestand, nach dem die Verurteilung erfolgt, enthalten ist, und der Sachverhalt dazu ein ganz „harmloser“ gewesen sein kann.¹² In vielen Fällen kann eine gerichtliche Verurteilung mit den damit verbundenen Konsequenzen, nämlich eine Strafregistereintragung, eine überzogene Reaktion darstellen.¹³ *Schwaighofer* ist der Ansicht, dass ein Zuviel an Bestrafung sogar kriminalpolitisch unzweckmäßig und unter dem Aspekt der Generalprävention kontraproduktiv sein kann, weil sich die Bevölkerung mit dem Täter solidarisiert und die Sanktion als Überreaktion empfindet.¹⁴

Die Konfliktregelung als Möglichkeit einer strafrechtlichen Reaktion auf strafbares Verhalten von Jugendlichen wurde seit 1985 von der österreichischen Strafjustiz angewendet. Es begann als Experiment in wenigen Gerichtssprengeln und fand dann breite Anwendung in ganz Österreich.¹⁵ Eine gesetzliche Determination dieser Reaktionsform erfolgte 1989 mit Geltungsbeginn des JGG 1988 als „Außergerichtlicher Tatausgleich“ und „Vorläufige Einstellung“. *Moos* nennt die Normierung des ATA den Weg der „Zivilisierung des Strafrechts“, bei welchem das Neben- und Miteinander im konsensualen Ausgleich ein besseres ist, als die autoritäre Unterdrückung der Abweichler.¹⁶ Der Täter soll beim ATA die soziale Verantwortung für sein Fehlverhalten gegenüber der Gesellschaft und dem jeweiligen Opfer übernehmen und dies soll in einem informellen Gespräch durch Vermittlung und unter Aufsicht der Bewährungshilfe geschehen.

¹⁰ *Seiler* hingegen sieht dies nur als untergeordneten Vorteil, da hinsichtlich der Verurteilungen im Bereich der Bagatellkriminalität ohnedies nur eine beschränkte Auskunftspflicht besteht (§ 6 Abs 2 TilgG): *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ (2009) 188; Diese beschränkte Auskunftspflicht besteht nach § 6 Abs 2 Z 1 TilgG allerdings nur bei Verurteilungen, bei denen keine strengere Strafe als eine höchstens dreimonatige Freiheitsstrafe verhängt worden ist. Ist eine Verurteilung nur wegen einer Straftat erfolgt, die vor Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres begangen wurde, ist gemäß § 6 Abs 2 Z 2 TilgG eine Beschränkung der Auskunft bei Freiheits- und Ersatzfreiheitsstrafen bis zu sechs Monaten vorgesehen.

¹¹ Der Stigmatisierungseffekt der Strafregistereintragung fällt bei Diversionsmaßnahmen weg, dennoch sieht § 75 Abs 2 Z 2 StPO vor, dass Namensabfragen bei Einstellungen des Verfahrens oder bei Rücktritten von der Verfolgung in den elektronischen Registern der StA und der Gerichte zehn Jahre möglich sind. (§ 90m StPO alt hingegen sah lediglich eine speziell vorgesehene Diversionsvormerkung von fünf Jahren vor.)

¹² Als Beispiele können die Fahrlässigkeitsdelikte, insb im Straßenverkehr, aber auch Ladendiebstähle genannt werden.

¹³ Vgl auch *Miklau*, Der Beschuldigte und die Diversion, in *Miklau/Schroll*, Diversion 32.

¹⁴ *Schwaighofer*, Zur Strafwürdigkeit der Entwendung nach § 141 StGB, JBI 1997, 160.

¹⁵ Vgl *Schroll*, Konfliktregelung bei Erwachsenen, JBI 1992, 93.

¹⁶ *Moos*, Richter und Strafrechtsreform, JBI 1996, 358f.

Man versteht unter Diversion also alle Formen staatlicher Reaktionen auf strafbares Verhalten, welche den Verzicht auf die Durchführung eines Strafverfahrens oder die Beendigung eines solchen ohne Schuldspruch und ohne förmliche Sanktionierung des Beschuldigten – jedoch in der Regel unter der Voraussetzung der Zustimmung des Beschuldigten zur Erbringung bestimmter Leistungen – ermöglichen.¹⁷ Der Täter wird nicht stigmatisiert. Der herkömmliche Strafprozess mit der ein faires Verfahren sichernden Förmlichkeiten ist hingegen dann gefordert, wenn die Aktenlage erst eine Klärung der Beweislage der Schuld hinsichtlich des Täters erfordert (etwa bei einer leugnenden Verantwortung oder widersprüchlichen Beweisergebnissen), die vorläufige Unrechts- oder Schuldbewertung eine gewichtige Straftat ausweist oder aber ein (wenngleich nicht schwerwiegendes, so doch) wiederholtes kriminelles Verhalten zu beurteilen ist.¹⁸ Im Gegensatz dazu sieht die Sanktion im engeren Sinne vor, dass diese nur nach einem förmlichen und öffentlich zu führenden Verfahren verhängt werden können und überdies zur Eintragung in das Strafregister führen.

Bevor die Diversion für das allgemeine Strafrecht mit der Strafprozessnovelle 1999 in die StPO eingefügt wurde, konnte der Staatsanwalt lediglich darüber entscheiden, ob das Verfahren in einer Strafsache eingestellt oder Anklage erhoben wird. Nun kann der Staatsanwalt bei nahezu allen Delikten im Bereich der leichten und mittelschweren Kriminalität – darunter fallen mehr als zwei Drittel aller Straftaten – auch eine urteilsähnliche Entscheidung in der Sache selbst treffen. Der Staatsanwalt ist verpflichtet, alle Officialdelikte, welche ihm zur Kenntnis gelangen, zu verfolgen, allerdings nimmt er nunmehr gleich einem Richter eine vollständige und im Falle der diversionellen Erledigung endgültige rechtliche Beurteilung des angezeigten Sachverhaltes vor.¹⁹ Obwohl sich die Bestimmungen der Diversion primär an die StA richten (§§ 198 ff StPO), so hat auch das Gericht die §§ 198 ff StPO gem § 199 StPO anzuwenden und gegebenenfalls das Verfahren mit Beschluss einzustellen.

Schwaighofer spricht im Zusammenhang mit der Diversion von einer Erfolgsgeschichte, denn pro Jahr werden in ganz Österreich etwas mehr als 50.000 Diversionsangebote gestellt, wobei die Zahlen einigermaßen konstant geblieben sind.²⁰ Nach einer Höhe im Jahr 2004 von 55.291 Diversionsangeboten und einem anschließendem Rückgang in den Jahren 2005 und 2006 gab es im Jahr 2007 45.317

¹⁷ *Schroll*, Diversion bei Verkehrsunfällen, *Der Sachverständige* 3/2003, 139.

¹⁸ *Schroll*, WK-StPO Vorbem zu § 198 Rz 1.

¹⁹ *Seiler*, Diversion - Eine Vision und ihre Umsetzung, *AnwBl* 2001/9, 445.

²⁰ *Schwaighofer*, Diversion nach Straßenverkehrsunfällen, *ZVR* 2008/119, 276.

Diversionsangebote. Die Zahl der diversionellen Einstellungen lag im Jahr 2007 bei 46.567. Das hat zur Konsequenz, dass die diversionellen Erledigungen sogar die Zahl der rechtskräftigen gerichtlichen Verurteilungen pro Jahr übersteigen. Im Jahr 2007 lag die Zahl der Verurteilungen bei 43.158.²¹

Erfahrungen und Ergebnisse aus der kriminologischen Forschung ergaben, dass die Rückfallsrate nicht davon abhängig ist, ob strenge oder milde Strafen verhängt werden. Ganz im Gegenteil, die Rückfallsquote nach einer Verurteilung ist sogar höher als nach einem ATA.²² Dies belegt eine empirische Untersuchung zur Rückfallshäufigkeit nach einem ATA im Vergleich zu jener nach einer gerichtlichen Verurteilung zu einer Freiheits- oder Geldstrafe. Es existieren aber noch keine umfassenden Erhebungen wie die Rückfallsrate nach einer diversionellen Erledigung aussieht. Daher kann aus diesen Ergebnissen folglich nicht geschlossen werden, dass bei leichteren und mittleren Straftaten gelindere staatliche Reaktionsformen ausreichen und im Sinne des Ultima-ratio-Gedankens auf Freiheits- oder Geldstrafen möglichst verzichtet werden kann. *Burgstaller* merkt an, dass sich das Strafrecht aus einem Recht des Strafens zu einem umfassenden Recht des Umgangs mit unter Strafe gestellten Handlungen, dh zu einem differenzierten Kriminalrecht hin entwickelt. Der effektive Einsatz der Strafe ist zunehmend nicht mehr die einzige, sondern nur noch eine von mehreren Reaktionen auf eine Straftat.²³

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung der Diversion im Jahr 2000 die Strafverfügung abgeschafft, mit der bis dahin rund ein Drittel aller Straffälle erledigt wurde. Damit hat er deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Diversion auch dazu dienen soll, bestimmte Formen der Massenkriminalität (insb Ladendiebstahl, leichte fahrlässige Körperverletzung im Straßenverkehr) auf unkomplizierte Weise zu erledigen, das Verfahren zu vereinfachen und die Strafverfolgungsbehörden zu entlasten.²⁴

Nachdem das Schrifttum zum Thema Diversion umfangreich ist, wird auf allgemeine Ausführungen verzichtet und es werden nur die wichtigsten Elemente herausgegriffen. Im groben Umriss wird kurz auf den Unterschied zwischen schlichter und intervenierender Diversion eingegangen. Abschließend sind noch die Voraussetzungen für eine diversionelle Erledigung zu erläutern, da dies auch für die Abgrenzung

²¹ BMJ, Diversionsstatistik 2007.

²² *Schütz*, Die Rückfallshäufigkeit nach einem ATA bei Erwachsenen, RZ 1999, 166.

²³ *Burgstaller*, JBl 1996, 366.

²⁴ Bericht der Expertenkommission zur Prüfung der staatlichen Reaktionen auf strafbares Verhalten in Österreich, ÖJZ 2004, 552.

respektive für die Spezialisierung des zweiten Ausschlussgrundes, welches Thema dieser Dissertation ist, benötigt wird.

2.2. Der Unterschied zwischen der schlichten und der intervenierenden Diversion

2.2.1. Die schlichte Diversion

Bei der schlichten Diversion²⁵ wird das Strafverfahren zum frühest möglichen Zeitpunkt beendet, wenn weder spezial- noch generalpräventive Gründe eine Bestrafung des Angezeigten notwendig erscheinen lassen. Die maßgebliche Unterscheidung zur intervenierenden Diversion liegt im ausdrücklichen Reaktionsverzicht der Justiz. Dies kann daraus resultieren, dass es sich um ein Bagatelldelikt handelt, bei dem die Anzeige und die anschließende polizeiliche Vernehmung sowie das Bekanntwerden dieser Verfehlung im sozialen Nahebereich eine informelle Sanktion mit ausreichendem Warncharakter sowohl für den Beschuldigten als auch die Allgemeinheit garantiert oder, dass besondere Sachverhaltskonstruktionen das zusätzliche Eingreifen der Justiz nach dem Einschreiten sicherheitsbehördlicher Organe nicht mehr notwendig machen.²⁶

Zusätzlich zu den allgemeinen Diversionsmaßnahmen der StPO hat die StA bei Jugendstraftaten – das sind Straftaten, die von einer Person begangen wurden, die im Zeitpunkt der Begehung das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte (§ 1 Z 2 und 3 JGG) – gem § 6 JGG die Möglichkeit von der Verfolgung abzusehen.

Der Anwendungsbereich des § 6 JGG hinsichtlich der Schwere der Straftat geht bis zu einer Jugendstrafdrohung von fünf Jahren²⁷, was gem § 5 Z 4 JGG²⁸ einer abstrakten Strafdrohung von bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe entspricht. Das bedeutet, dass Delikte gemäß § 6 JGG diversionsfähig sind, deren Strafdrohungsobergrenze bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe reicht.

²⁵ Schroll, Strafverfahren ohne Strafe, Diversion in Österreich - Praxis und Ausblick, Schriftfassung eines am 9. Mai 1996 anlässlich der Richterwoche 1996 in Rust gehaltenen Referats, JRP Nr 5 (1997) 48.

²⁶ Schroll, in FS Moos 264; Vgl Burgstaller, Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft, in Perspektiven der Diversion in Österreich, BMJ Schriftenreihe 70 (1995) 133.

²⁷ Anders als im Erwachsenenstrafrecht kommt es bei den Deliktsbeschränkungen für die Diversion im Jugendstrafrecht nicht auf die Zuständigkeitsregeln, sondern auf die Strafdrohung an.

²⁸ § 5 Für die Ahndung von Jugendstraftaten gelten die allgemeinen Strafgesetze, soweit im folgenden nichts anderes bestimmt ist:

Z 4 Das Höchstmaß aller sonst angedrohten zeitlichen Freiheitsstrafen wird auf die Hälfte herabgesetzt; ein Mindestmaß entfällt.

Besonders zu erwähnen ist, dass § 6 JGG über das Verschulden keine Aussage trifft und daher auch das Vorliegen eines schweren Verschuldens – obwohl häufig die notwendigen Präventionsvoraussetzungen fehlen werden – kein Hindernis für einen Verfolgungsverzicht nach dieser Bestimmung darstellt.²⁹

2.2.2. Die intervenierende Diversion

Die intervenierende Diversion erfasst einerseits schon außerhalb des Bagatellbereiches liegende Straftaten, vor allem solche eines erstmals Beschuldigten, und andererseits Delikte von Beschuldigten, bei denen aus spezial- oder generalpräventiven Gründen eine reaktionslose Verfahrensbeendigung trotz Bagatellcharakters der Tat nicht mehr in Betracht kommt.³⁰

Vom Beschuldigten wird eine Leistung oder Duldung gefordert.³¹ Die intervenierende Diversion bietet eine Vielzahl an Reaktionsmöglichkeiten, welche das Opfer verstärkt einbeziehen und den Wiedergutmachungsgedanken besonders hervorheben sollen. Aufgrund dessen kann durch diese Form auf Defizite des Beschuldigten besser reagiert werden. Eine wichtige Voraussetzung bei intervenierenden Diversionsformen ist das Fehlen eines schweren Verschuldens.

2.3. Die Voraussetzungen für eine diversionelle Erledigung

Die Voraussetzungen, wann eine Diversion überhaupt angewendet werden kann, sind, wie oben schon in der Problemstellung kurz erwähnt, in § 198 Abs 2 StPO geregelt. Danach ist ein Vorgehen nur dann zulässig, wenn die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffen- oder Geschworenengericht fällt, die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer (§ 32 StGB) anzusehen wäre und die Tat nicht den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat.

Für Jugendstraftaten normiert § 6 JGG, dass bei Jugendlichen dann diversionell vorzugehen ist, wenn die Straftat nur mit Geldstrafe oder mit nicht mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist und wenn weitere Maßnahmen nicht geboten erscheinen, um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten. Das bedeutet, dass bei Jugendstraftaten die Diversion gemäß § 6 JGG ein breiteres Anwendungsspektrum bietet, da sie aufgrund des § 5 Z 4 JGG für alle Delikte in Betracht kommt, die mit nicht mehr als 10 Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind. Weiters

²⁹ *Schwaighofer*, Zum Anwendungsbereich der Diversion bei Jugendstraftaten, RZ 2001, 60.

³⁰ *Schroll*, WK-StPO Vorbem zu § 198 Rz 14.

³¹ *Schroll*, in FS *Moos* 264; Vgl auch *Schroll*, Der Sachverständige 2003/3, 139.

bildet die Generalprävention bei einem diversionellen Vorgehen nach dem JGG kein Ausschlusskriterium mehr.

Bei Jugendstraftaten kommt Diversion nach § 7 Abs 1 JGG auch in Betracht, wenn

- die Zuständigkeit des Schöffengerichts oder Geschworenengerichts gegeben ist, oder
- der Jugendliche den Tod eines Angehörigen verursacht hat, sofern
 - er nur fahrlässig handelte,
 - er dadurch psychisch schwer belastet ist und
 - deshalb eine Bestrafung nicht geboten erscheint.

Das Gesetz sieht nun in den §§ 200-204 StPO, wie auch schon in den §§ 90c-90g StPO alt, folgende vier diversionelle Maßnahmen vor³², welche weder bedingt verhängt noch kumuliert werden dürfen:

- Zahlung eines Geldbetrages,
- gemeinnützige Leistungen,
- Probezeit,
- Tausch.

2.3.1. Die Zahlung eines Geldbetrages

Der Staatsanwalt kann dann von der Verfolgung einer Straftat zurücktreten, wenn der Beschuldigte einen Geldbetrag³³ zu Gunsten des Bundes entrichtet (§ 200 StPO).

Der Geldbetrag darf den Betrag nicht übersteigen, der einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen entspricht. Weiters ist in § 200 Abs 3 StPO normiert, dass der Rücktritt von der Verfolgung nach Zahlung eines Geldbetrages überdies davon abhängig zu machen ist, dass der Beschuldigte – soweit nicht aus besonderen Gründen darauf verzichtet werden kann – binnen einer zu bestimmenden Frist von höchstens sechs Monaten den aus der Tat entstandenen Schaden gutmacht und dies unverzüglich nachweist.

Die Möglichkeit der Zahlung eines Geldbetrages eignet sich für Straftaten, bei denen es gar kein Opfer gibt oder das Opfer auf einem anderen Weg entschädigt werden kann.³⁴

³² Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 299: Aufgrund der Vielfalt, in der die Diversionsregelungen ausgestaltet sind, rechtfertigt es, von einer ausgereiften „dritten Spur“ des Strafrechts – neben den Strafen und den vorbeugenden Maßnahmen – zu sprechen.

³³ Der Ausdruck Geldbuße wird bewusst vermieden, da so der Unterschied zur Geldstrafe betont wird und es soll weiters zum Ausdruck kommen, dass Diversion keine Verurteilung ist, sondern eine solche vielmehr vermeiden soll: Pleischl, Das Geldbußensystem in Miklau/Schroll, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten (1999) 99.

In der Praxis wird die Zahlung einer Geldbuße für Ladendiebstähle und bei fahrlässigen Körperverletzungen im Straßenverkehr angewendet, da in diesen Fällen eine Haftpflichtversicherung etwaige Schadenersatzansprüche deckt.

2.3.2. Die Erbringung gemeinnütziger Leistungen

Eine weitere diversionelle Maßnahme ist die Erbringung gemeinnütziger Leistungen, welche in § 201 StPO normiert ist. Hier kann der Staatsanwalt von der Verfolgung vorläufig zurücktreten, wenn sich der Beschuldigte ausdrücklich bereit erklärt, innerhalb einer zu bestimmenden Frist von höchstens sechs Monaten unentgeltlich gemeinnützige Leistungen zu erbringen. Der Zweck der Erbringung gemeinnütziger Leistungen besteht darin, dass diese die Bereitschaft des Beschuldigten zum Ausdruck bringen sollen, für die Tat einzustehen. Die gemeinnützigen Leistungen sind in der Freizeit bei einer geeigneten Einrichtung zu erbringen, mit der das Einvernehmen herzustellen ist.

Gemeinnützige Leistungen sind die eingriffsintensivste Diversionsart und sind für den Beschuldigten die am meisten belastende Reaktion. Diese Maßnahme greift in die Lebensführung des Beschuldigten ein und ist daher vor allem bei mittlerer Kriminalität anzuwenden. Sie eignet sich auch schon als eine kurzfristige Freiheitsstrafe substituierende Alternative zur Normverdeutlichung vor allem im Bereich von erheblich über einer Bagatelltat liegenden Straftaten oder bei wiederholter Kriminalität. *Schroll* ist der Ansicht, dass es insb aus spezialpräventiven Gründen eine überzogene Reaktion wäre, wenn man diese Diversionsart bei Ladendiebstählen oder Verkehrsunfällen ohne Alkoholeinfluss einsetzen würde. Folgende Sachverhaltskonstellationen würden in Frage kommen: Schwere Sachbeschädigung, vor allem bei anonymen Opfern (Graffiti-sprayer, Parkanlagenbeschädigung) ohne Notwendigkeit eines Tauschgleichs; wiederholte Vermögensdelinquenz bei Einkommenslosigkeit und daher geringer Tauschgleichsmöglichkeit; wiederholte Aggressionsdelinquenz, wie zB fortlaufende Wirtshausrauferei, oder bei Gewaltdelikten im familiären Umfeld, bei denen wegen der Dominanz des Gewalttätigen kein Tauschgleich in Frage kommt; Tierquälerei, Umweltdelikte oder auch Rechtspflegedelikte, soweit kein Tauschgleich geboten ist.³⁵

2.3.3. Die Bestimmung einer Probezeit

§ 203 StPO regelt den vorläufigen Rücktritt des Staatsanwaltes von der Verfolgung unter Bestimmung einer Probezeit von einem bis zu zwei Jahren. Der vorläufige

³⁴ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 304.

³⁵ *Schroll*, WK-StPO § 201 Rz 27.

Rücktritt von der Verfolgung unter Bestimmung einer Probezeit kann davon abhängig gemacht werden, dass sich der Beschuldigte bereit erklärt, während dieser Probezeit bestimmte Pflichten zu erfüllen, die als Weisungen³⁶ erteilt werden können, und sich durch einen Bewährungshelfer³⁷ betreuen zu lassen.

Weiters normiert § 203 Abs 2 StPO, dass dem Beschuldigten die Pflicht zukommt, den entstandenen Schaden nach Kräften gutzumachen oder sonst zum Ausgleich der Folgen der Tat beizutragen.

Die Probezeit ohne Pflichten stellt die geringste Eingriffsform in die Lebensführung des Beschuldigten dar, daher wird sie bei geringen Kriminalitätsformen angewandt, wo eine Anwendung des § 191 StPO (§ 42 StGB alt) gerade nicht mehr möglich ist.³⁸ Für *Schroll* sollte diese Diversionsart bei Bagatelldaten zum Einsatz kommen, sofern eine bloße Probezeitbestimmung ausreichend erscheint, um den Warncharakter des Strafrechts zu effektuieren.³⁹

Das SMG enthält eine für die Praxis sehr bedeutsame Sonderregelung: Die §§ 35-37 SMG sehen für die Weitergabe und den Besitz von Suchtgiften oder psychotropen Stoffen und die Beschaffung einen Verfolgungsverzicht in Verbindung mit einer Probezeit und einer gesundheitsbezogenen Maßnahme vor.⁴⁰

2.3.4. Der Tatausgleich

Die Maßnahme des Tatausgleichs, welche in § 204 StPO normiert ist, ist unter den Voraussetzungen möglich, dass der Beschuldigte bereit ist, für die Tat einzustehen und sich mit deren Ursachen auseinanderzusetzen. Er hat allfällige Folgen der Tat auf eine den Umständen nach geeignete Weise auszugleichen, insbesondere dadurch, dass er den aus der Tat entstandenen Schaden gutmacht oder sonst zum Ausgleich der

³⁶ § 51 Abs 1 StGB: „Als Weisungen kommen Gebote und Verbote in Betracht, deren Beachtung geeignet scheint, den Rechtsbrecher von weiteren mit Strafe bedrohten Handlungen abzuhalten.“

§ 51 Abs 2 StGB: „Dem Rechtsbrecher kann insbesondere aufgetragen werden, an einem bestimmten Ort, bei einer bestimmten Familie oder in einem bestimmten Heim zu wohnen, eine bestimmte Wohnung, bestimmte Orte oder einen bestimmten Umgang zu meiden, sich alkoholischer Getränke zu enthalten, einen geeigneten, seinen Kenntnissen, Fähigkeiten und Neigungen tunlichst entsprechenden Beruf zu erlernen oder auszuüben, jeden Wechsel seines Aufenthaltsortes oder Arbeitsplatzes anzuzeigen und sich in bestimmten Zeitabständen bei Gericht oder bei einer anderen Stelle zu melden.“

³⁷ § 52 (1) StGB: „Der Bewährungshelfer hat sich mit Rat und Tat darum zu bemühen, dem Rechtsbrecher zu einer Lebensführung und Einstellung zu verhelfen, die diesen in Zukunft von der Begehung mit Strafe bedrohter Handlungen abzuhalten vermag.“

³⁸ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 305.

³⁹ *Schroll*, WK-StPO § 203 Rz 29.

⁴⁰ Siehe dazu Kapitel 7.2. unten.

Folgen der Tat beiträgt, und wenn er erforderlichenfalls Verpflichtungen eingeht, die seine Bereitschaft bekunden, Verhaltensweisen, die zur Tat geführt haben, künftig zu unterlassen.

Durch das StrafprozessreformG hat der Gesetzgeber den Tatausgleich ausdrücklich auf solche Taten beschränkt, durch die „Rechtsgüter einer Person unmittelbar beeinträchtigt sein können“ (§ 204 Abs 1 StPO). Es würde aufgrund dessen eine diversionelle Erledigung mittels Tatausgleichs bei einem Sachverhalt ausgeschlossen sein, bei welchem dem Beschuldigten zB Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 269 StGB) vorgeworfen wird. *Kienapfel/Höpfel* gehen davon aus, dass der Weg in den Tatausgleich dann nicht versperrt ist, wenn durch ein und dieselbe Tat sowohl Rechtsgüter der Person als auch der Allgemeinheit beeinträchtigt werden. Dies könnte dann der Fall sein, wenn etwa ein Polizist im Zuge einer Festnahme an der Hand leicht verletzt wurde.⁴¹

Die Verpflichtungen des Beschuldigten beschränken sich nicht alleine auf Schadenersatz, denn Opfer wünschen sich auch oft persönliche Dienstleistungen und sonstige symbolische Akte des Beschuldigten, wie zB Änderungen von Verhaltensweisen, die Auslöser für den Konflikt waren oder die Bereitschaft zu einer Therapie.⁴²

§ 204 Abs 3 StPO regelt die Einschaltung eines Konfliktreglers durch den Staatsanwalt, welcher das Opfer und den Beschuldigten über die Möglichkeit eines Tatausgleichs informiert sowie diese bei ihren Bemühungen um einen solchen Ausgleich anleitet und unterstützt.

Typische Beispiele für die Anwendung des Tatausgleichs sind Familienkonflikte, Nachbarschaftsstreitigkeiten, Streitigkeiten am Arbeitsplatz und auch situative Konflikte wie zB Wirtshausstreitereien.

2.4. Zusammenfassung

Zusammengefasst kann man daher sagen, dass Delikte aus dem unteren und mittleren Kriminalitätsbereich bei hinreichender Beweislage im formfreien Weg der Diversion erledigt werden sollen. Das förmliche und öffentlich zu führende Strafverfahren wird dann durchgeführt, wenn der Beschuldigte die Tat leugnet, eine Straftat zu beurteilen ist, bei welcher die Schuld als nicht schwer gewertet werden kann oder wiederholte Straftaten angekündigt sind. Die beiden Sanktionsformen (Geld- und Freiheitsstrafe)

⁴¹ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 307.

⁴² *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 306.

stellen nicht mehr die Einzigsten dar, sondern diesen werden weitere Reaktionsmöglichkeiten zur Seite gestellt.

3. Die schwere Schuld als Diversionsgrenze

Neben den Ausschlussgründen Tod, Zuständigkeit und Prävention ist für eine diversionelle Erledigung zusätzlich Voraussetzung, dass die Schuld des Beschuldigten als nicht schwer anzusehen wäre (§ 198 Abs 2 Z 2 StPO).

Die Frage ist nun, ab wann die Schuld iSd § 198 Abs 2 Z 2 StPO „als schwer anzusehen wäre“. Der Begriff der „schweren Schuld“ führt aufgrund seiner Unbestimmtheit zu Auslegungsproblemen, hat aber erhebliche praktische Bedeutung, weil die schwere Schuld einen unbedingten Ausschlussgrund für eine diversionelle Erledigung darstellt. Es ist lediglich klar, dass präventive Gesichtspunkte für die Frage der schweren Schuld keine Rolle spielen, da eine günstige general- oder spezialpräventive Prognose gemäß § 198 Abs 1 Z 4 StPO eine zusätzliche Voraussetzung für den Einsatz von Diversion ist.⁴³ Im Folgenden soll auf die Differenzierung leichter, mittlerer und schwerer Schuld eingegangen werden. Die Unterscheidung zwischen geringer und mittlerer Schuld spielte insbes für § 42 StGB alt eine zentrale Rolle. Diese beiden Schuldbegriffe können nicht zusammengefasst werden, denn im ersteren Fall wäre eine Anwendung des § 191 StPO (§ 42 StGB alt) zu prüfen.

Nach welchem Schuldbegriff es sich richtet, ist durch das mit dem Strafprozessreformgesetz 2008 in den § 198 StPO⁴⁴ neu eingefügte Klammerzitat des § 32 StGB ex lege als geklärt anzusehen, Schuld ist bei der Entscheidung für oder gegen eine diversionelle Maßnahme iSd Strafzumessungsschuld zu verstehen.⁴⁵ Das ist dahingehend zu erklären, da es sich bei der Diversion um eine staatliche Reaktion auf ein strafbares Verhalten handelt, bei welchem auf ein Strafverfahren verzichtet wird. Aus diesem Grund ist es sinnvoll von jenem Schuldbegriff des § 32 StGB auszugehen, der für die Bemessung der Strafe eine Rolle spielt. Auf die Strafzumessungsschuld iSd § 32 StGB wird im Kapitel 4.3. noch genauer eingegangen.

Bei der Prüfung, ob die Schuld als nicht schwer anzusehen wäre, sind das Handlungs- und Erfolgsunrecht ebenso abzuwägen wie die allgemeinen Strafzumessungsgründe. Nach der Judikatur des OGH ist für den Begriff „schwere Schuld“ jener Schuldbegriff

⁴³ Hinterhofer, Diversion statt Strafe (2000), 16.

⁴⁴ Im Gegensatz zu § 90a Abs 2 Z 2 StGB alt, welcher die nicht schwere Schuld des Verdächtigen voraussetzt, ergänzt der § 198 Abs 2 Z 2 StGB dies mit einem Verweis auf die Strafzumessungsschuld des § 32 StGB.

⁴⁵ Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 302.

maßgebend, der in § 32 Abs 1 StGB als Grundlage für die Bemessung der Strafe vorausgesetzt wird, wobei die Prüfung dieser Frage stets nach Lage des konkreten Falles eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände verlangt. Handlungsunwert und Gesinnungsunwert müssen insgesamt eine Unwerthöhe erreichen, die im Wege einer überprüfenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist. Ob schwere Schuld vorliegt, ist nach Strafbemessungsgrundsätzen (§ 32 StGB) zu beurteilen, wobei hierfür nach der Rsp des OGH keineswegs ein Überwiegen der Erschwerungsumstände vorausgesetzt wird. Es darf auch keinesfalls eine zahlenmäßige Gegenüberstellung dieser Gründe vorgenommen werden, sondern eine Gewichtung der einzelnen Umstände.⁴⁶

*Nowakowski*s Ansicht war, dass die Schuld umso schwerer wiege, je leichter für den Schuldigen die Entscheidung zum Guten gewesen wäre, und umso leichter wiege, je schwerer ein solcher Entschluss für ihn war.⁴⁷

Schroll ist der Ansicht, dass das Verschulden desto höher sei, je überlegter die Handlung ist, je schwerer die verschuldeten Folgen sind und je gravierender die Motivlage ist, wobei er festhält, dass ein durchschnittliches Verschulden die Diversion nicht hindere; erst ein über dem Durchschnitt vergleichbarer Taten liegender Schuldgehalt sei ein Ausschlussgrund für ein diversionelles Vorgehen.⁴⁸

In den folgenden Kapiteln wird unter anderem auch auf vergleichbare Vorschriften zurückgegriffen, die ähnliche Termini enthalten. So sprach § 42 StGB alt (§ 191 StPO), von „geringer Schuld“ und § 88 Abs 2 Z 2 StGB enthält die Formulierung „nicht schweres Verschulden“.

Auch die Nachfolgeregelung (§ 191 StPO) des § 42 StGB alt wird thematisiert, sowie die spezielle diversionelle Reaktionsform der Suchtmitteldelikte und die diversionelle Erledigung im Jugendstrafrecht.

Weiters standen im Zentrum der politisch motivierten Diskussion um die seit 1.1.2000 geltenden Diversionsregelungen von allem Anfang an gewünschte Einschränkungen ihres Anwendungsbereiches. Daher ist die Frage zu klären, ob einzelne Delikte diversionellen Maßnahmen zu entziehen sind oder ob durch den Strafraum Grenzen zu ziehen sind.

Eine weitere Thematik, welche im Kapitel 8 noch näher ausgeführt wird, ist, dass der Bewertungszeitpunkt der Schuld als Anwendungsvoraussetzung für eine

⁴⁶ *Maleczky*, AT II¹³, 49.

⁴⁷ *Nowakowski*, Perspektiven der Strafrechtsdogmatik (1981), Freiheit, Schuld, Vergeltung, 64.

⁴⁸ Vgl. *Schroll*, Der Sachverständige 2003/3, 142.

Diversionsmaßnahme strittig ist. Der Schuldbegriff wird auf die Tatschuld reduziert und damit einem positiven Nachtatverhalten als Ausdruck einer geänderten Einstellung des Beschuldigten zu den rechtlichen Werten wenig Entscheidungsrelevanz eingeräumt.⁴⁹

Auch, dass die Tat keinen Schaden herbeigeführt oder sie beim Versuch blieb, lässt sich nicht in der Schuld verankern und ist sicher als rein objektive Tatsache gemeint, die sozialpsychologisch die Wertung beeinflusst.⁵⁰

Es ist weiters zu hinterfragen, ob die Schuldeinsicht des Beschuldigten eine Voraussetzung für ein diversionelles Vorgehen ist und welchen Einfluss Vorsatz und Fahrlässigkeit auf die Schuld haben. Die letzten Punkte, die noch behandelt werden, sind die Bedeutung des Doppelverwertungsverbotes, die Bedeutung eines Rückfalls und zu guter Letzt das Verhältnis zur Prävention.

⁴⁹ Moos, Der Begriff der „geringen Schuld“ in § 42 StGB, in FS Platzgummer 76.

⁵⁰ Nowakowski, Perspektiven 213.

4. Das Schuldprinzip

4.1. Allgemeines

Schuld ist die Vorwerfbarkeit eines rechtswidrigen Verhaltens. Es geht darum, ob dem Täter aus der Tatsache, dass die Werte und Anforderungen des Rechtes bei seiner Willensbildung nicht die ihnen vom Gesetz zugedachte motivierende Rolle gespielt haben, ein persönlicher Vorwurf gemacht werden kann, der es dann wieder rechtfertigt, ihn dem Tadel der Strafe auszusetzen.⁵¹ Der Vorwurf, den die Erfüllung eines und desselben Deliktstypus begründet, kann größer oder kleiner sein.⁵² Und genau hier sind wir bei der Frage angelangt: Wovon hängt die Schwere der Schuld ab?

Das „Schuldprinzip“ ist in §§ 4, 13 StGB enthalten. Nach § 4 StGB ist Voraussetzung für die Strafbarkeit, dass der Täter schuldhaft handelt. § 13 StGB regelt, dass, wenn an der Tat mehrere beteiligt waren, jeder von ihnen nach seiner Schuld zu bestrafen ist. § 13 StGB ist also Grundlage dafür, dass der Einzelne strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann.

Aus § 4 StGB und der ergänzenden Vorschrift des § 32 Abs 1 StGB ergibt sich Folgendes:

- Schuld ist die Voraussetzung der Strafe.
- Das Maß der Strafe darf das Maß der Schuld nicht übersteigen.

Schuld ist daher sowohl Grund als auch Grenze jeder Strafe. Das Schuldprinzip erfüllt vor allem strafbegrenzende Funktionen, indem es dem Angeklagten Schutz vor schuldüberschreitender Strafe garantiert.⁵³

Wie bereits erläutert, ist aufgrund des Klammerzitats des § 32 StGB ex lege geklärt, wann die Schuld iSd § 198 Abs 2 Z 2 StPO „als schwer anzusehen wäre“, denn die Schuld ist bei der Entscheidung für oder gegen eine diversionelle Maßnahme iSd Strafzumessungsschuld zu verstehen.⁵⁴

⁵¹ Platzgummer, Strafe, Schuld und Persönlichkeitsadäquanz, in FS Pallin 323.

⁵² Nowakowski, Perspektiven 135.

⁵³ Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 83.

⁵⁴ Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 302.

4.2. Schuld als Voraussetzung für die Strafbarkeit im Sinne des § 4 StGB

Der Grundsatz des § 4 StGB besagt, dass die mit der Strafe verbundene sozialetische Verurteilung den Einzelnen nur dann treffen darf, wenn ihm sein Verhalten persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann. Diese persönliche Verantwortlichkeit, die man Schuld nennt, ist eine unabdingbare Voraussetzung der Strafe.⁵⁵

§ 4 StGB normiert: Keine Strafe ohne Schuld. Was Schuld einer Person bzw Schuldhaftigkeit ihrer Handlung ist, sagt diese Vorschrift aber nicht.⁵⁶

Der Gesetzgeber hat den Begriff der Schuld nicht näher definiert. Durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und aufgrund der systematischen Zuordnung der einzelnen Vorschriften im Gesetz ist aber vorgegeben, dass von einem Begriff der Tatschuld auszugehen ist.

Nach dem Strafgesetzbuch handelt es sich bei der Schuld nicht um einen durch verschuldete schlechte Lebensführung gekennzeichneten Charakterfehler (Lebensführungsschuld), sondern darum, dass der Täter einer konkreten Versuchung nachgegeben und damit durch sein Handeln den Schuldvorwurf auf sich geladen hat (Tatschuld).⁵⁷ Das heißt, dass dem Täter nur die einzelne rechtswidrige Verfehlung als konkretes, exakt umgrenzbares Geschehnis zur Last gelegt wird und keine Generalabrechnung wegen einer verfehlten Lebensführung respektive Charakterhaltung erfolgen darf.⁵⁸ Hingegen wird bei der Lebensführungsschuld der Tadel vom Zeitpunkt der Tatausführung auf das Versäumnis vorverlagert, dass der Täter nicht rechtzeitig eine Lebensform angenommen hat, welche ihn in kritischen Momenten vor Versuchungen bewahrt. Für Moos ist diese Ansicht nicht akzeptabel, weil der Täter nicht für das Verschulden einer konkreten Tat, sondern für seine ganze Lebenseinstellung haftbar gemacht wird.⁵⁹

In der Wissenschaft existieren mehrere Auffassungen, welche an die gesetzlichen Schuld Elemente gebunden sind, die unter anderem das Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit, sich überhaupt von der

⁵⁵ Fuchs, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁷ (2008) 14.

⁵⁶ Moos, Der Schuldbegriff im österreichischen StGB, in FS Triffterer 169.

⁵⁷ Foregger/Serini, Strafgesetzbuch², 1978, § 3 Anm 1.

⁵⁸ Zipf, Der strafrechtliche Schuldbegriff, JBl 1980, 186.

⁵⁹ Moos, Die authentische Interpretation der Strafschärfung beim Rückfall nach § 39 StGB und der Schuldbegriff, ÖJZ 1980, 171.

Einsicht in das Unrecht der Tat leiten zu lassen (§ 11 StGB) betreffen, weiters das tatsächlich vorhandene Unrechtsbewusstsein (§ 9 StGB), die Einbeziehung von Vorsatz und Fahrlässigkeit (§§ 5,6 StGB), die Entschuldigung wegen persönlicher Unzumutbarkeit rechtstreuen Handelns beim Notstand (§ 10 StGB), die Präzisierung spezieller Schuldnerfordernisse im Besonderen Teil, wie zB bei §§ 76, 79 StGB, und die Gewichtung der Schuld als Grundlage der Strafzumessung (§ 32 StGB).⁶⁰

In den nächsten Kapiteln, werden die einzelnen Schuldbegriffe und deren Entstehung näher erläutert. Es gibt im Wesentlichen 2 Richtungen im österreichischen StGB, nämlich einerseits den normativen Schuldbegriff und andererseits den charakterologischen Schuldbegriff.

4.2.1. Der normative Schuldbegriff

Um die Jahrhundertwende wurde die psychologische Schuldauffassung durch den normativen Schuldbegriff abgelöst, als dessen Begründer *Reinhard Frank*⁶¹ gilt. Der normative Schuldbegriff unterscheidet sich von der psychologischen Schuldauffassung dadurch, dass die Zumutbarkeit in den Schuldbegriff eingefügt wurde. Für *Frank* war Schuld, „Vorwerfbarkeit“ der Tat. Die Schuld ist auf ein Verhalten bezogen, das durch die Zurechnungsfähigkeit des Täters, seine psychische Beziehung zur Tat in Gestalt von Vorsatz oder Fahrlässigkeit und die Normalität der begleitenden Umstände bestimmt ist. In Österreich übernahm den normativen Schuldbegriff *Theodor Rittler*.⁶² *Rittler* vertrat den normativen Schuldbegriff mit deutlicher Bezugnahme auf die charakterologische Schuldauffassung: „Die Pflichtwidrigkeit der Willensbestimmung leitet sich nicht daraus ab, dass der Täter auch anders hätte handeln können, sondern daraus, dass er Kraft seiner Eigenart, gemäß seinem Charakter eben schlecht, unrecht gehandelt hat.“⁶³ Dieser normative Schuldbegriff wurde von *Nowakowski* in das StGB übernommen. Der normative Schuldbegriff nach *Nowakowski* und des öStGB ist ein Rechtsbegriff. Dieses Verständnis der Schuld hat „mit moralischer Vorwerfbarkeit“ nichts zu tun.⁶⁴ Die Rechtsschuld sieht den wirklichen Charakter des Täters in der Regel gar nicht.

⁶⁰ Moos, Sbg-K, § 4 Rz 2.

⁶¹ *Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs (1907) 11.

⁶² *Rittler*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I Allgemeiner Teil² (1954) 153, 166.

⁶³ *Rittler*, Strafrecht 160.

⁶⁴ *Nowakowski*, Das Ausmaß der Schuld, ZStrR 65 (1950) 310; *ders*, WK², Vorbem zu §§ 3-5 Rn 37 aE: „Nach alledem ist der Schuldvorwurf nicht im Sinne einer indeterministischen Auffassung zu verstehen.“

4.2.1.1. Die Willensfreiheit und der Mangel an Normverbundenheit

Die strafrechtliche Schuld wird als sozialetisches Unwerturteil verstanden. Der Inhalt dieses Schuldvorwurfes ist, dass der Täter im Zeitpunkt der Tat die Möglichkeit hatte, sich anders, nämlich rechtlich adäquat zu verhalten. Er hätte sich für das Recht entscheiden sollen, hat sich allerdings dagegen entschieden. Dies bezeichnet man als normativen Schuldbegriff, welcher beinhaltet: Schuld bedeutet Vorwerfbarkeit menschlichen Verhaltens.⁶⁵ Diese Ansicht geht sowohl von einer Willensfreiheit wie auch von Selbstbestimmung aus. Hier sieht *Fuchs* ein Problem⁶⁶, da die Willensfreiheit des Menschen an sich empirisch nicht beantwortbar ist. Denn auch wenn man von der grundsätzlichen Entscheidungsfreiheit des Menschen ausgehe, stelle sich die Frage, ob der konkrete Täter in der konkreten Tatsituation anders hätte handeln können.⁶⁷

Auch *Moos* meint, dass der sozialetische Vorwurf lediglich besagt, dass die in der Tat zum Ausdruck gekommene Gesinnung des Täters, dh seine innere Einstellung zu den in den jeweiligen Tatbeständen rechtlich geschützten Werten, nicht der Einstellung anderer Mitbürger entspricht, und zwar solcher, die an sich rechtstreu gesonnen sind. Dieser Begriff der Schuld bringt den Mangel innerer Normverbundenheit nach einem objektiven Maßstab zum Ausdruck. Mit diesem Vorwurf, so *Moos*, dringe man nicht zur Frage der persönlichen Willensfreiheit des Täters vor, sondern begnüge sich mit der Vergleichsmotivation anderer. Die individuelle Moral des Täters bleibe außer Betracht, sie ist ihm selbst oder der Religion überlassen. Man gebe nicht vor, das innere Sein des Täters zu durchschauen, sondern begnüge sich damit, dass das Schuldurteil dem Täter die Schuld nach dem Wertempfinden anderer zuschreibt.⁶⁸ Selbst *Rittler* verzichtete zur Begründung der Schuldstrafe auf die Philosophie der Willensfreiheit.⁶⁹ Schuld war für *Rittler*, so auch *Nowakowski*, die tatbezogene Haftung des Täters für sein jeweiliges So-Sein: „Die Schuld des Täters liegt in seinem Wesen beschlossen, wir machen ihn verantwortlich für das, was er ist.“⁷⁰

Wenn der Vergeltungsgedanke als absoluter Strafzweck gesehen wird und der Gerechtigkeit dienen soll, so muss man das Bekenntnis der Willensfreiheit voraussetzen. Denn wäre der verbrecherische Entschluss nur das zwangsläufige Ergebnis aus Anlagen und Umwelt und läge es nicht in der Macht des Täters, den fehlerhaften Entschluss zu vermeiden und sich richtig zu entschließen, so würde die

⁶⁵ Vgl. *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 84; *Fuchs*, AT I⁷, 14; *Maleczky*, AT II¹³, 30.

⁶⁶ Vgl. *Fuchs*, AT I⁷, 16.

⁶⁷ *Fuchs, H.*, AT I⁷, 16.

⁶⁸ *Moos*, JBl 1996, 347; vgl. *Zipf*, JBl 1980, 186ff.

⁶⁹ *Rittler*, Strafrecht 160.

⁷⁰ *Rittler*, Strafrecht 160.

Vergeltung jeden vernünftigen Sinn verlieren. Sie liefe darauf hinaus, den Täter für sein Schicksal zu züchtigen.⁷¹ Zu diesem Ergebnis kommt *Nowakowski*, wenn nur der Tadelscharakter der Strafe ins Auge gefasst wird. Denn die Tatsache, dass sich der Täter wertwidrig entschieden hat, weil er mit den Werten der Rechtsordnung nicht gehörig verbunden ist – zur charakterologischen Schuldauffassung siehe Kapitel 4.1.2. – würde es vielleicht rechtfertigen, ihn, wenn er gefährlich ist, nach Art der vorbeugenden Maßnahmen einer Behandlung zu unterwerfen. Den Täter aber persönlich zu tadeln und ihm dafür bewusst ein Übel aufzuerlegen, das er auch als solches empfinden soll, ist nur begründet, wenn man davon ausgeht, dass er für seinen Mangel an Wertverbundenheit auch etwas kann; sonst wäre der Tadel völlig sinnlos.⁷²

4.2.1.2. Die drei Elemente des Schuldbegriffs

Der normativen Schuldauffassung entspricht die Gliederung des Schuldbegriffs in drei Elemente: ein so genanntes biologisches (die Zurechnungsfähigkeit), ein so genanntes psychologisches (die psychische Beziehung zum tatbestandmäßigen Unrecht) und ein so genanntes normatives (die Zurechenbarkeit) Schulselement.⁷³ Im psychologischen Schulselement sind die Komponenten das Gewicht des zurechenbaren Unrechts, die Art der psychischen Beziehung hiezu und die Werteinsicht, für die der Täter einzustehen hat.⁷⁴ In diesem Schulselement bestimmt sich die Schuldsschwere zunächst nach der Größe des Unrechts, auf das sich die psychische Beziehung erstreckt, und nach der Art dieser Beziehung. Vor dem Recht wiegt nicht jede Vermögensbeschädigung und jede Körperverletzung gleich schwer; mit der Größe des Schadens wächst sein Unrecht.⁷⁵ Der zweite Faktor ist die psychische Beziehung zum tatbestandmäßigen Unrecht. Es gibt zwei Bewertungsstufen, nämlich Vorsatz und Fahrlässigkeit. Das Gesetz selbst nimmt innerhalb dieser großen Schuldstufen eine weitere Graduierung vor, wenn es für einzelne Deliktstypen Absicht verlangt oder bedingten Vorsatz nicht genügen lässt. Darüber, dass die Schuld schwerer wiegt, wenn der Erfolg vom Täter erwünscht ist, weniger schwer, wenn er ihm gleichgültig ist, und am leichtesten, wenn er ihn ablehnt, dürfte Übereinstimmung bestehen, ebenso darüber, dass die Schuld umso leichter ist, je geringer dem Täter die

⁷¹ *Nowakowski*, Perspektiven 67f.

⁷² *Nowakowski*, Perspektiven 61f.

⁷³ *Nowakowski*, Perspektiven 136.

⁷⁴ *Nowakowski*, Perspektiven 158.

⁷⁵ *Nowakowski*, Perspektiven 137.

Wahrscheinlichkeit der Deliktserfüllung und der Herbeiführung eines schädlichen Erfolges scheint.⁷⁶

Die Komponenten der normativen Schuldauffassung sind die Zumutbarkeit, das bedeutet, die Angemessenheit der Motive, Gefühle und Affekte, die den Täter zur Tat treiben, und sein Handlungsentschluss, welcher auf diesen beruht.⁷⁷ Die normative Schuldauffassung bestimmt die Schwere der Schuld nach dem Grad, in dem die Motivation hinter der Zumutbarkeit zurückbleibt. Grundlegend für die normative Schuldbewertung ist also die Frage nach dem Sollen, das dem vom Täter entwickelten Sein gegenübergestellt wird.⁷⁸

Die Maßkomponenten des biologischen Schuld-elementes sind die mögliche Beeinflussung des Handlungsentschlusses durch Umstände, die ihrer Art nach geeignet sind, die Zurechnungsfähigkeit auszuschließen.⁷⁹

4.2.1.3. Haftung für den Charakter

Der Mensch haftet für seinen Charakter, so wie er ist und wie er sich in der strafbaren Handlung betätigt hat. Das Recht verlangt ein bestimmtes Maß der Persönlichkeit. Wer dahinter zurückbleibt, muss sich das als Schuld vorwerfen lassen. Dieser Grundsatz findet lediglich in der Zurechnungsunfähigkeit seine Grenze. Denn fehlt einem Menschen die Möglichkeit der Norminternalisierung oder der Fähigkeit, nach einer anerkannten und akzeptierten Norm zu handeln, so fehlt eine Voraussetzung strafrechtlicher Schuld (§ 11 StGB).⁸⁰ So weit sie reicht, ist kein Raum für die Frage, ob der Täter für die Mangelhaftigkeit seines Charakters etwas kann oder nicht. Schuld im Rechtssinn bedeutet nur die Zurechnung des äußeren Geschehens zur Persönlichkeit des Handelnden; mit moralischer Vorwerfbarkeit hat sie nichts zu tun.⁸¹ Zur Bestimmung der Zumutbarkeit ist von der maßgerechten Persönlichkeit (dem Normal-Charakter) auszugehen. Die Reaktionsweise des Normal-Charakters ist das dem Täter Zumutbare. Je näher der maßgerechten Persönlichkeit die Reaktionsweise des Täters gelegen ist, umso leichter ist seine Schuld. Je weniger sich der Normal-Charakter zu einer solchen Reaktion verlockt fühlt, je entschiedener und selbstverständlicher er sie

⁷⁶ Nowakowski, Perspektiven 138.

⁷⁷ Nowakowski, Perspektiven 158.

⁷⁸ Nowakowski, Perspektiven 140.

⁷⁹ Nowakowski, Perspektiven 158.

⁸⁰ Zipf, JBI 1980, 189.

⁸¹ Nowakowski, Perspektiven 142.

ablehnt, umso schwerer wiegt die Schuld unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit.⁸²

Die Schuldstufen sind danach gebildet und differenziert, wie leicht oder schwer es dem Normal-Charakter fällt, eine solche psychische Beziehung zum tatbestandsmäßigen Unrecht zu entwickeln. So wird er sich unter sonst gleichen Verhältnissen eher eine Fahrlässigkeit zuschulden kommen lassen als Vorsätzlichkeit, das Handeln in Verletzungsabsicht wird ihm am fernsten liegen.⁸³

Der Schuldvorwurf bedeutet eben, dass dem ausreichend durch Normen motivierbaren Staatsbürger eine bewusste oder vermeidbare Normabweichung zur Last gelegt wird. Der Vorwurf lautet: Du hättest anders handeln können! Wenn wir einem Menschen sein Verhalten zum Vorwurf machen, sind wir alle unweigerliche Indeterministen, so *Hohenleitner*, und auch der überzeugteste Determinist wird sich jener komplexen Gefühlsreaktion, als welche wir den Vorwurf erkannt haben, nicht erwehren können, wenn er selbst durch die Tat in wichtigen Interessen verletzt worden ist.⁸⁴ Der Indeterminist sieht die Schuld in der Wahlfreiheit des Täters begründet und der Determinist sieht die Schuld in der persönlichen Eigenart, im Charakter des Handelnden begründet.⁸⁵

Die Schuld stellt damit ein Werturteil dar, das im konkreten Fall der Richter stellvertretend für die von ihm repräsentierte Rechtsgemeinschaft fällt. Alleine dadurch liegt es auf der Hand, dass es nur einen relativen Schuldbegriff geben kann, denn die Schuld ist keine konstante, zeitunabhängige Größe, sondern ein dynamischer, sozio-kultureller Wertungsprozess in der Gemeinschaft.⁸⁶ *Hohenleitner* ist der Ansicht, dass man einerseits daran festhalten müsse, dass das Urteil über die Vorwerfbarkeit einer Tat eine subjektive Stellungnahme des Urteilers darstelle, so setze doch andererseits diese Stellungnahme auch einen Sachverhalt bestimmter Art voraus und die Frage nach der Vorwerfbarkeit könne demnach auch so gestellt werden: „Welcher Art muss ein Verhalten sein, welche Eigenschaften muss es aufweisen, damit wir den damit in Beziehung stehenden Vorwurf für berechtigt halten?“⁸⁷

Durch das psychologische und das normative Schuldlement wird die Fehlerhaftigkeit der Willensbestimmung erschöpfend erfasst; nicht aber die Schwere der Schuld. Für die Fehlerhaftigkeit der Willensbildung ist es völlig gleichgültig, warum der Täter zu

⁸² Nowakowski, Perspektiven 144.

⁸³ Nowakowski, Perspektiven 146.

⁸⁴ *Hohenleitner*, Schuld als Werturteil, in FS Rittler 189.

⁸⁵ *Rittler*, Strafrecht 161.

⁸⁶ *Zipf*, JBI 1980, 189.

⁸⁷ *Hohenleitner*, in FS Rittler 192.

einem falschen oder ungenügend intensivierten Wertgefühl gelangt ist. Dennoch ist es nicht dasselbe, ob zB eine Unzuchthandlung in Unkenntnis ihrer Sitten- und Rechtswidrigkeit von einer Person begangen wird, die normalerweise unter einer solchen Tun billigen Wertordnung lebt, oder von einem Menschen, dem das richtige Werturteil nach Erziehung und dauernder Umwelt geläufig sein müsste. Die Blutrache eines aus Sizilien kommenden Wanderhändlers wird anders zu beurteilen sein als ein gleichen Rachemotiven entspringender Mord, den ein heimischer Bauernknecht begeht. Mit solchen Unterscheidungen wird nicht auf den Gedanken der Lebensführungsschuld zurückgegriffen. Es wird nicht untersucht, ob der Täter seine Wertblindheit selbst verschuldet hat, sondern welcher gegenwärtige Zustand des Tätercharakters in der Fehlbewertung wirksam wird. Sie belastet ihn umso stärker, je mehr sie auf einer in der persönlichen Fähigkeit gelegenen Wertblindheit beruht, umso weniger, je mehr sie auf einer äußeren Umständen entspringenden Wertunerfahrenheit beruht. Hierher gehört auch die Berücksichtigung einer verfehlten Erziehung, besonders gegenüber jüngeren Tätern.⁸⁸

4.2.1.4. Gebots-, Verbotsnormen und Entschuldigungsgründe

Obwohl der Gesetzgeber, wie oben schon erwähnt, die Schuld nicht näher definiert hat, löst das Gesetz dieses Problem, indem es bestimmte Gebots- und Verbotsnormen aufstellt und davon ausgeht, dass jeder diese Sollensanforderungen befolgen kann. Allerdings wird ihm die fehlerhafte Willensbestimmung nur dann zum Vorwurf gemacht, wenn ihm das Unrecht der Tat bewusst war oder hätte bewusst sein sollen. Hat er das Unrecht nicht erkannt und macht ihm dies die Rechtsordnung auch nicht zum Vorwurf, so trifft ihn auch keine Schuld.⁸⁹ Mit dem psychologischen, dem normativen und dem charakterologischen Schulselement ist die schulderhebliche Abweichung des Täters vom Normal-Charakter erschöpfend bestimmt. Dadurch steht fest, inwieweit der Täter hinter dem Maß zurückbleibt, aber es steht noch nicht fest, welcher Vorwurf ihm dadurch gemacht werden kann.⁹⁰

Der Gesetzgeber hat eine negative Schulddefinition in Form von Entschuldigungsgründen normiert, in denen die Entscheidungsfreiheit und damit die Schuld des Täters fehlt, wie zB bei der Zurechnungsfähigkeit des Geisteskranken oder der entschuldigende Notstand bei unwiderstehlichem Zwang.⁹¹ Der

⁸⁸ Nowakowski, Perspektiven 152f.

⁸⁹ Vgl. *Fabrizy*, StGB und ausgewählte Nebengesetze⁹ (2006) § 4 Rz 1.

⁹⁰ Nowakowski, Perspektiven 155.

⁹¹ *Fuchs*, AT I⁷, 17.

Zurechnungsunfähige bleibt mit der Fehlerhaftigkeit seiner Persönlichkeit genau so weit hinter dem Maß zurück wie der Zurechnungsfähige. Es wird kein strafbegründender Vorwurf daran geknüpft, wohl aber allenfalls ein solches Urteil, das die Anwendung von Sicherungsmitteln begründet. Man könnte terminologisch zwischen „Strafschuld“ und „Sicherungsschuld“ unterscheiden. Obwohl die Straf- und die Sicherungsschuld in wesentlichen Punkten identisch sind, unterscheiden sie sich gerade in der Steigerungsfähigkeit. Dem Zurechnungsunfähigen gegenüber ist die Frage nach dem Ausmaß der Schuld praktisch zwecklos, denn die Sicherungsmittel werden ausschließlich nach der Gefährlichkeit bemessen.⁹²

Das „biologische“ Schuldelement bietet ein Maßprinzip, und zwar für die Strafschuld. Es liegt in der verminderten Zurechnungsfähigkeit. Wird die Strafschuld ausgeschlossen, wenn die Fehlerhaftigkeit der Willensbildung des Täters auf bestimmte in seiner Persönlichkeit gelegene Tatsachen beruht? Die Schuld ist um so geringer, je mehr die fehlerhafte Willensbildung des Täters auf Umstände in seiner Persönlichkeit zurückzuführen ist, die ihrer Art nach geeignet wären, die Zurechnungsfähigkeit auszuschließen.⁹³

Wenn man die Schuld wirklich in ihrem Gehalt als Ausdruck der Persönlichkeit ausschöpfen und den viel zitierten Adäquanzgedanken systematisch durchführen will, so kommt man mit dem psychologischen und dem normativen Schuldelement nicht aus. Man muss ein weiteres hinzufügen: das charakterologische Schuldelement, welches die an der Willensbildung teilhabenden Persönlichkeitszüge aufzuzeigen hat. Auch das normative und das psychologische Schuldelement enthalten Aussagen über die Persönlichkeit, denn die Zumutbarkeit wird ja auch nach einem objektiven Maß bewertet und beruht darauf, dass man für die Mängel seiner Persönlichkeit einzustehen hat. In diesem Sinne ist auch das normative Schuldelement charakterologisch. Dennoch ist der begriffliche und funktionelle Unterschied wesentlich: Mit der Zumutbarkeit bewertet man die konkrete Willensbildung, also ein Geschehnis. Mit dem charakterologischen Schuldelement dagegen werden die daran teilhabenden Persönlichkeitszüge bewertet, also ein Sein. Wie das normative Schuldelement jene Wertkomponenten der konkreten Willensbildung berücksichtigt, die vom psychologischen nicht erfasst werden, so berücksichtigt das charakterologische jene Wertkomponenten der in der Tat wirksamen Persönlichkeit, die mit der Bewertung der Willensbildung noch nicht erfasst sind. Nach der charakterologischen Schuldauffassung läuft die ganze Schuldbewertung auf ein Werturteil über die Persönlichkeit hinaus, soweit sie in der Tat wirksam geworden ist. Deshalb ist es nur

⁹² Nowakowski, Perspektiven 156f.

⁹³ Nowakowski, Perspektiven 157.

logisch, wenn die übrigen Schuldelemente zuletzt vom Charakterologischen eingeschlossen werden.⁹⁴

Durch das charakterologische Schuldelement kann die Schuld größer oder kleiner werden. Sie kann aber durch diesen Bewertungsfaktor nie entfallen. Mit der Fehlerhaftigkeit der Willensbildung steht ein Minus der Täterpersönlichkeit fest. Das charakterologische Schuldelement kann das Unwerturteil modifizieren, aber nicht mehr beheben.⁹⁵

4.2.2. Der charakterologische Schuldbegriff

4.2.2.1. Entstehung

Die charakterologische Schuldaufassung als Weiterentwicklung des normativen Schuldbegriffs hat in Österreich am stärksten in der Schuldlehre von *Friedrich Nowakowski*⁹⁶ Ausdruck gefunden. *Nowakowski* knüpfte an seinen Lehrer *Ferdinand Kadečka* an, welcher schon 1936 erklärt hatte: „Nicht, ob der Täter anders handeln konnte, soll über sein Schicksal entscheiden, sondern ob ein rechtschaffender und gewissenhafter Mensch anders gehandelt hätte. Dass der Täter das nicht kann, was andere können, das ist ja gerade der Grund, warum wir ihn durch die Strafe oder Sicherungsmaßregel korrigieren oder aus der Gemeinschaft ausschalten wollen.“⁹⁷

4.2.2.2. Der maßgerechte Mensch

Nowakowski war der Ansicht, dass die Schuld als der in der Tat aktualisierte (zutage getretene) Mangel an Verbundenheit des Täters mit den rechtlich geschützten Werten verstanden wird. Die Schuld des Täters besteht in der fehlerhaften Willensbildung und im Abweichen des Verhaltens eines „mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen“.

Maßstab der Schuld ist also nicht das individuelle Dafürkönnen des Täters, sondern der maßgerechte Mensch in der Situation des Täters.⁹⁸ Im Sinne der charakterologischen Schuldlehre wird die Schuld als die seelische Anteilnahme des

⁹⁴ *Nowakowski*, Perspektiven 154f.

⁹⁵ *Nowakowski*, Perspektiven 155.

⁹⁶ Vgl. *Jescheck*, *Friedrich Nowakowski als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker*, ZStW 103 (1991) 1008.

⁹⁷ *Kadečka*, *Gesammelte Aufsätze* (1959) 61f.

⁹⁸ Vgl. *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 84; *Fuchs*, AT I⁷, 15; *Moos*, Sbg-K § 4 Rz 3.

Täters an seiner Tat betrachtet, die ein Unwerturteil über seine Persönlichkeit begründet, die Tat zum rechtlich missbilligten Ausdruck seiner Persönlichkeit macht.⁹⁹

Nowakowski benutzte 1950 fast die Worte, die später Eingang in den § 32 Abs 2 Satz 2 StGB fanden: „Je näher der maßgerechten Persönlichkeit die Reaktionsweise des Täters gelegen wäre, um so leichter ist seine Schuld; je weniger sich der Normalcharakter zu einer solchen Reaktion verlockt gefühlt, je entschiedener und selbstverständlicher er sie abgelehnt hätte, um so schwerer wiegt die Schuld unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit.“¹⁰⁰

Von einem mit rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen in der Lage des Täters wird explizit in § 10 Abs 1 StGB und § 32 Abs 2 2. Satz StGB gesprochen. Dieser Maßstab ist also im Gesetz normiert und gilt als Anhaltspunkt für diese Schuldauffassung, weiters ist er auch in § 76 StGB¹⁰¹ wieder zu finden, der eine Schuldprivilegierung des § 75 StGB¹⁰² darstellt, und in § 115 Abs 3 StGB¹⁰³, in denen von einer allgemein begreiflichen Gemütsbewegung die Rede ist.¹⁰⁴

Platzgummer ist hingegen der Ansicht, dass es nicht angeht, die Freiheit aus dem Strafrecht zu eliminieren und den Schuldbegriff ausschließlich darauf zu gründen, der Täter habe durch seinen Tatentschluss einen Mangel an richtiger Wertverbundenheit bekundet, denn das verbiete der Sinnzusammenhang zwischen Schuld und Strafe und insbesondere die Tatsache, dass die Strafe konzipiert ist, die dem Täter bewusst ein Übel auferlege und dadurch einen persönlichen Tadel ausdrücken solle.¹⁰⁵

Platzgummer lehnt die Interpretation der strafbegründenden Schuld nach § 4 StGB durch die in § 32 Abs 2 Satz 2 StGB genannten Maßkriterien entschieden ab. Seiner Ansicht nach bezieht sich § 32 Abs 2 Satz 2 StGB überhaupt nicht auf die Schuld. Die aus dieser Vorschrift darum nicht ableitbare „charakterologische Schuldauffassung“ sei weder Maßprinzip noch „Seinsgrund der Strafe“. Vielmehr lasse sich die in § 32 Abs 2 Satz 2 StGB beschriebene kriminogene Seinsweise des Täters bzw die sich in seinem

⁹⁹ *Nowakowski*, Perspektiven 136.

¹⁰⁰ *Nowakowski*, ZStR 65 (1950), 313.

¹⁰¹ § 76 StGB: Totschlag: Wer sich in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung dazu hinreißen lässt, einen anderen zu töten, ist...

¹⁰² § 75 StGB: Mord: Wer einen anderen tötet, ist...

¹⁰³ § 115 Abs 3 StGB: Beleidigung: Wer sich nur durch Entrüstung über das Verhalten eines anderen dazu hinreißen lässt, ihn in einer den Umständen nach entschuldbaren Weise zu beschimpfen, zu misshandeln oder mit Misshandlungen zu bedrohen, ist entschuldigt, wenn seine Entrüstung, insbesondere auch im Hinblick auf die seit ihrem Anlass verstrichene Zeit, allgemein begreiflich ist.

¹⁰⁴ Vgl *Moos*, Sbg-K § 4 Rz 73; *Tipold*: in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (Grundwerk 1999) § 4 Rz 12.

¹⁰⁵ *Platzgummer*, in FS Pallin, 324.

Charakter ankündigende Gefährlichkeit „ganz zwanglos“ damit erklären, dass sie lediglich Anhaltspunkte für die Spezialprävention liefere.¹⁰⁶ Für *Platzgummer* bestehe beim charakterologischen Schuldbegriff, der den Täter für sein So-Sein haften lässt, kein Unterschied mehr zwischen Strafe und Maßnahme, denn läge es nicht in der Freiheit des Täters, sich zum Guten zu entscheiden, so würde man ihn für sein Schicksal züchtigen und nicht für seine Schuld.¹⁰⁷ Moos meint, dass der Ansatz *Platzgummers* richtig sei, denn der Schlüssel für das Verständnis des Gesetzes liegt im § 32 Abs 2 Satz 2 StGB: Wenn dort nur die Spezialprävention gemeint ist, wird der Inhalt des Schuldvorwurfs vom Gesetz nicht definiert. Handelt diese Gesetzesstelle jedoch von der Schuld und stimmt diese Strafzumessungsschuld mit der Strafbegründungsschuld des § 4 StGB im Wesen überein, so ist fraglich, ob für die Vergeltung noch Raum ist. Denn wenn § 32 Abs 2 Satz 2 StGB den Inhalt der Schuld präzisiert, so brechen, wie *Platzgummer* zutreffend feststellt, diese Charaktermerkmale in das Gebiet der Schuld ein und „durchkreuzen“ ihre Interpretation im Sinne der Willensfreiheit.¹⁰⁸

4.2.3. Maßkomponenten des Schuldbegriffs

Maßkomponenten der Schuld¹⁰⁹ sind:

1. das Gewicht des zurechenbaren Unrechts, die Art der psychischen Beziehung hiezu und die Werteinsicht, für die der Täter einzustehen hat (psychologisches Schulselement);
2. die Zumutbarkeit, dh die Angemessenheit der Motive, Gefühle und Affekte, die den Täter zur Tat treiben, und seines auf ihnen beruhenden Handlungsentschlusses (normatives Schulselement);
3. die Wertigkeit der im Handlungsentschluss wirkenden Persönlichkeitszüge des Täters (charakterologisches Schulselement);
4. die etwaige Beeinflussung des Handlungsentschlusses durch Umstände, die ihrer Art nach geeignet sind, die Zurechnungsfähigkeit auszuschließen (biologisches Schulselement, Zurechnungsfähigkeit).

¹⁰⁶ *Platzgummer*, in FS Pallin, 331.

¹⁰⁷ *Platzgummer*, in FS Pallin, 325.

¹⁰⁸ *Moos*, in FS Triffterer 177.

¹⁰⁹ *Nowakowski*, Perspektiven 158 f.

4.2.4. Die Rechtfertigung der Strafe durch Schuld und kriminalpolitische Notwendigkeit¹¹⁰

Ein Prinzip des Strafrechts ist es, dass es immer nur das letzte Mittel (ultima ratio)¹¹¹ zur Verhaltenssteuerung sein darf. Die Anwendung dieses Prinzips bedeutet:

- Es ist soweit wie möglich auf die Verhängung einer Strafe zu verzichten.
- Die Diversion ist vorrangig einzusetzen. Selbst bei strafbarem Verhalten sind, wenn möglich, andere Erledigungsformen zu wählen.
- Es sind nicht-freiheitsentziehende Strafen und Maßnahmen vorrangig zu verhängen. Ist jedoch eine Strafe unumgänglich, so ist – sofern möglich – eine Geldstrafe oder eine bedingte Nachsicht der Freiheitsstrafe zu wählen. Es ist jene Sanktion mit der geringsten Eingriffsintensität zu wählen.

Wenn es dennoch – aufgrund von Unvermeidbarkeit – zum Vollzug von Freiheitsstrafen kommt, so muss dem Verurteilten – durch entsprechende Ausgestaltung des Vollzuges – ermöglicht werden, dass er in Zukunft nicht mehr straffällig wird. Denn, wenn ungewiss bleibt, ob der strafrechtlich fassbaren Schuld wirkliche Schuld entspricht, so kann es niemals die Aufgabe der Strafe sein, Vergeltung oder Sühne zu üben.¹¹²

Zum anderen kann es sein, dass dem Täter seine Tat zum Vorwurf gemacht werden kann, eine Bestrafung aber weder spezial- noch generalpräventiv notwendig ist. Da die Strafe aber nur sowohl durch Schuld als auch kriminalpolitischer Notwendigkeit gerechtfertigt ist, muss in so einem Fall die Strafe entfallen.

4.3. Abgrenzung zwischen Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld

Von der so genannten und eben näher ausgeführten Strafbegründungsschuld, nämlich der Vorwerfbarkeit menschlichen Verhaltens, ist die quantifizierbare Schuld als Strafzumessungsschuld zu unterscheiden. Die Frage nach dem Wieviel der Schuld ist vornehmlich das Gebiet der Strafzumessungsschuld, die das Was der Strafbegründungsschuld zum Kern hat.¹¹³

Seit 1974 hat man sich angewöhnt im gesamten Strafrecht drei Schuldbegriffe zu unterscheiden, die zwar inhaltlich und funktional zusammenhängen, allerdings weder

¹¹⁰ Fuchs, AT I⁷, 17 f.

¹¹¹ Vgl dazu Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 299; vgl auch Hinterhofer, Diversion 10.

¹¹² Fuchs, AT I⁷, 18.

¹¹³ Moos, Sbg-K, § 4, Rz 1.

inhaltsgleich sind, noch dieselbe Funktion innerhalb der gesamten Strafhaftung erfüllen. Bei dieser Dreiteilung unterscheidet man zwischen dem kriminalpolitischen Schuldbegriff¹¹⁴, dem strafdogmatischen Schuldbegriff¹¹⁵ und dem Schuldbegriff im Sinne des Strafzumessungsrechts^{116, 117}. Im Strafgesetzbuch verwirklicht hat sich die Schuld als dritte Verbrechensaufbaustufe und die Schuld als Grundlage der Strafzumessung. Ersteres dient der Verengung der Strafhaftung unter dem Gesichtspunkt persönlicher Verantwortlichkeit, denn es gibt keine Strafhaftung allein für Unrecht, sondern nur für verschuldetes Unrecht^{118, 119}.

Der Gesetzgeber hat die Gegenüberstellung von Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld im § 198 Abs 2 Z 2 StPO durch den ausdrücklichen Hinweis auf § 32 StGB anerkannt und dadurch die Struktur akzeptiert, grundsätzlich jeden mit der Tat und dem Täter in Verbindung stehenden Strafzumessungsgrund einem der Faktoren Handlungs-, Erfolgs- und Gesinnungsunwert zuzuordnen.¹²⁰

Die Strafzumessungsschuld zielt auf die Bemessung der Höhe der Strafe in casu concreto nach der Größe der persönlichen Schuld des Täters ab. Auf der Ebene der Strafzumessung hat der Richter den Erfolgsunwert, dh insb die Schwere und Folgen der verschuldeten Rechtsgutbeeinträchtigung, den Handlungsunwert, dh Art, Ausmaß und den Störwert des rechtsfehlerhaftenden Verhaltens, und auch den Gesinnungsunwert, dh das Maß der kriminellen Energie und der rechtsfeindlichen Einstellung, sowie charakterliche Defizite, schädliche Neigungen, kriminelles Vorleben etc zu berücksichtigen. Im Gegensatz zum abstrakten strafdogmatischen Schuldbegriff ist die Strafzumessungsschuld eine von Fall zu Fall variierende Größe: *graviore culpa*, *gravior poena*.¹²¹

Strafzumessung ist ein Akt richterlichen Ermessens, wobei dieser nicht frei, sondern durch Vorgabe von Strafzumessungskriterien gebunden ist.¹²² Der gesetzliche Strafraum begrenzt für das jeweilige Delikt die Möglichkeit der Strafzumessung, man

¹¹⁴ Er liegt der gesamten Strafrechtsgestaltung als Strukturmodell zugrunde („Schuldprinzip“).

¹¹⁵ Schuld als dritte Aufbaustufe der Straftat, in der die Merkmale zusammengefasst werden, von denen die persönliche Zurechnung der rechtswidrigen Tat vom Gesetzgeber abhängig gemacht ist.

¹¹⁶ Wie er § 32 Abs 1 StGB zugrunde liegt.

¹¹⁷ *Zipf*, JBI 1980, 190.

¹¹⁸ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 26: Unrecht ist eine Handlung, die gegen die Rechtsordnung als Ganzes verstößt.

¹¹⁹ *Zipf*, JBI 1980, 191.

¹²⁰ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 295.

¹²¹ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 86.

¹²² Vgl *Maleczky*, AT II¹³, 48.

spricht auch von abstrakter Ebene. Die im Gesetz angegebenen Strafdrohungsobergrenzen stellen die Strafe für Taten mit sehr hohem Unrechts- und Schuldgehalt dar. Die Strafdrohungsuntergrenze soll die Strafe für leichte, gerade noch typische Fälle des betreffenden Deliktatbestandes darstellen. Bei der Strafzumessung spricht man von der konkreten Ebene. Es handelt sich wie oben schon erwähnt um eine Ermessensentscheidung des Richters.

Das gesamte Rechtsmittelsystem baut auf der Unterscheidung¹²³ zwischen Subsumtion unter ein bestimmtes Delikt und damit unter eine bestimmte Strafdrohung (abstrakte Ebene) und dem Strafzumessungsermessen (konkrete Ebene) auf.¹²⁴

4.3.1. Strafzumessung im weiteren Sinn

Die Strafzumessung im weiten Sinn beinhaltet die Frage, welche Art von Strafe, also Freiheitsstrafe oder Geldstrafe, verhängt werden soll, und ob die Strafe bedingt nachgesehen werden soll.¹²⁵

4.3.2. Strafzumessung im engeren Sinn

Bei der Strafzumessung im engeren Sinn geht es um die Bestimmung des konkreten Ausmaßes einer Strafe, bei einer zu verhängenden Freiheitsstrafe um die Dauer dieser und bei der Geldstrafe um die Anzahl der Tagessätze.¹²⁶

4.4. Strafzumessungsschuld: Handlungs-, Gesinnungs- und Erfolgsunwert

Schuld ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe (§ 32 Abs 1 StGB). Dieser Satz dient sowohl zur Begründung als auch zur Begrenzung der Strafe.¹²⁷ Übernommen wurde er fast wörtlich aus dem bundesdeutschen Strafgesetzentwurf, wo er im Jahr 1959 vorgeschlagen und über die amtlichen Entwürfe 1960 und 1962 in beide

¹²³ Die Relevanz der Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Ebene lässt sich anhand des Rechtsmittelsystems darstellen: Eine falsche Subsumtion einer Tat unter einen Tatbestand, welche zu einer anderen Strafdrohung führt, führt zur Nichtigkeit des Urteils nach § 281 Abs 1 Z 10 respektive § 345 Abs 1 Z 12 StPO, die mittels Nichtigkeitsbeschwerde zu rügen ist. Hingegen ist eine unrichtige Strafzumessung in der Regel mit der (Straf-) Berufung geltend zu machen.

¹²⁴ Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 291 f.

¹²⁵ Vgl Maleczky, AT II¹³, 47.

¹²⁶ Vgl Maleczky, AT II¹³, 48.

¹²⁷ Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 293.

Reformgesetze übernommen wurde.¹²⁸ Nach *Nowakowski* beinhaltet dieser Rechtssatz die Aussage, dass die Schuld das wichtigste, aber nicht das einzige Zumessungskriterium ist. Er meint, dass dem Theoretiker schon das, je nach seinem Standpunkt, Schwierigkeiten mache, denn betrachte er die Strafe als Schuldvergeltung und meine er gar, dass nur eine einzige, punktuell bestimmte Strafe gerecht sein könne, so werde er keine anderen Zumessungsgesichtspunkte als eben die Größe der Schuld anerkennen können. Bekenne er sich zu einer ausschließlich nach präventiven Bedürfnissen oder gar nur nach dem spezialpräventiven Bedürfnis bestimmten Strafe, so werde ihm die Schuld als Grundlage der Strafzumessung Schwierigkeiten bereiten.¹²⁹

Schon in dieser Formulierung kommt die individuelle Ausrichtung auf den einzelnen Täter zum Ausdruck.¹³⁰ § 32 StGB bestimmt nicht nur die obere Grenze der Strafe, sondern auch die untere.¹³¹ *Platzgummer* verweist aber auf die Materialien zu § 32 StGB. In denen steht, dass die Höhe der Strafe nicht ausschließlich von der Schwere der Schuld bestimmt wird (RV 122). An einer anderen Stelle (RV 55) wird darauf hingewiesen, dass der Einfluss, den das Gesetz täterpersonalen Umständen auf die Strafe einräume, zu einer Überschreitung dessen führen könne, was angemessen wäre, wenn man nur die Einzeltat als solche berücksichtigen wolle. Das bedeutet: Die Strafe kann das Maß der Einzeltatschuld allenfalls auch übersteigen. Damit sieht *Platzgummer* die Grundlagenformel entscheidend relativiert.¹³² Das zielt darauf ab, dass bei der Strafbemessung hauptsächlich zu berücksichtigen ist, inwieweit die Tat auf eine gegenüber den rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters oder inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen nahe legen könnten. Damit soll nicht auf das Maß der Freiheit, sondern auf die Seinsweise des Täters abgestellt werden, denn eine ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters zum Recht soll ihm angelastet werden, auch dann, wenn er nichts dafür kann. Eine besondere Motivationslage soll ihm nur zugute kommen, wenn sie auch für den wertverbundenen Menschen eine Versuchung dargestellt hätte.¹³³

¹²⁸ *Nowakowski*, Perspektiven 200.

¹²⁹ *Nowakowski*, Perspektiven 201.

¹³⁰ *Zipf*, JBl 1980, 194.

¹³¹ *Buchala*, Schuld und Strafe, Strafzwecke und Strafzumessung, in FS Triffterer 566.

¹³² *Platzgummer*, in FS Pallin 328.

¹³³ *Platzgummer*, in FS Pallin 329.

Höpfel hat in seinem (unveröffentlichten) Diskussionsbeitrag bei dem Innsbrucker *Nowakowski*-Gedenken im Jahre 1990 § 32 Abs 2 StGB dahingehend verstanden, dass damit ohne Abstriche auf den Maßstab des rechtstreuen Menschen abgestellt und die Verantwortung für die Tat dem Täter demgemäß, wie er plastisch sagte, „aufgeladen“ werde, wenn die Maßstabperson sich davon distanziert hätte.¹³⁴

Bei der Schuldbewertung innerhalb der Strafbemessung geht es im Wesentlichen darum, die dem Täter angelastete Tat, konkret in ihrem Erscheinungsbild an Hand der besonderen Bemessungsfaktoren der §§ 33 und 34 StGB auszuwerten.¹³⁵ *Nowakowski* meint, dass solche Zumessungsgründe nur innerhalb des Rahmens berücksichtigt werden dürfen, den § 32 Abs 1 StGB zulässt. Nicht zu vergessen ist, dass sie auch das Unwerturteil über die Tat beeinflussen, denn die Tat wird milder beurteilt, wenn kein Schaden entstanden ist oder die Tat beim Versuch geblieben ist. Dabei handelt es sich um eine sozialpsychologische Tatsache, die sowohl auf die Allgemeinheit als auch auf den Täter zutrifft und wenn die Tat wegen solcher, wenn auch schuldunabhängiger, Umstände leichter ist, so kann auch die Strafe als „Wertgeltungsbewährung“ gelinder ausfallen. Das würde bedeuten, dass schuldunabhängige Zumessungsgründe nicht anders als die das Schuldausmaß beeinflussenden wirken. Dass der Milderungsgrund der Z 13 nicht an die Grundformel des § 32 StGB gebunden ist, lässt sich daran erkennen, dass der absolut untaugliche Versuch straflos bleibt.¹³⁶

Kunst ist der Ansicht, dass der Einwand, es sei gleichwohl unzulässig, bei der Strafbemessung vom objektiven Gewicht der verschuldeten Tat auszugehen, da doch § 32 Abs 1 StGB ausdrücklich die Schuld des Täters zur Grundlage für die Strafbemessung erkläre, auf einem Missverständnis beruhe, welches möglicherweise mit der herkömmlichen Trennung von (objektivem) Tatumrecht und (subjektiver) Täterschuld zusammenhänge. Tatsächlich verhält es sich aber gerade so, dass das Maß der nach § 32 Abs 1 StGB in erster Linie strafmaßbestimmenden Schuld eben wesentlich durch das objektive Gewicht der verschuldeten Tat konstituiert wird.^{137 138}

Nach *Nowakowski* ist die Schuld des § 32 Abs 1 StGB, wie sich aus Abs 2 desselben Paragraphen ergibt, ein Gesinnungsfehler, der sich umschreiben lässt als Mangel an

¹³⁴ Vgl. *Jescheck*, Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich, JBl 1998, 615.

¹³⁵ *Zipf*, JBl 1980, 194.

¹³⁶ *Nowakowski*, Perspektiven 214.

¹³⁷ *Kunst*, Strafbemessung, Tatschuld und Spezialprävention, ÖJZ 1977, 485.

¹³⁸ Vgl. hierzu § 32 Abs 3 StGB; 30 BlgNR 13. GP, 124: „In der Tat ist es für das Maß der Schuld sehr wesentlich, wie schwer die Rechtsgutbeeinträchtigung ist, die sie umfasst“.

Verbundenheit mit den rechtlich geschützten Werten.¹³⁹ Für ihn kommt es bei der Schwere der Schuld auf den Zeitpunkt der Tat und auf das Ausmaß des damals wirksam gewordenen „Gesinnungsfehlers“ an, für die Prognose auf den Zeitpunkt des Urteils und darauf, was der Täter für die Zukunft erwarten lässt. Nach *Nowakowski* gehören unter dem ersten Blickpunkt die Persönlichkeitszüge, die in der kriminellen Entscheidung wirksam geworden sind, zur Schuld als Grundlage der Strafzumessung. Unter dem zweiten Blickpunkt sind die Persönlichkeitszüge für das spezialpräventive Bedürfnis wesentlich, um dessentwillen das Maß des Schuldangemessenen nach der Auffassung mancher überschritten werden kann.¹⁴⁰

§ 32 Abs 2 Satz 2 StGB normiert den mit rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen, wobei es nicht um die Einstellung des maßstabgerechten Menschen geht, sondern um die entsprechende Einstellung des konkreten Täters.¹⁴¹

Jede verhängte Strafgröße muss schuldangemessen sein. Dieser Grundsatz wirkt sich zugunsten des Angeklagten dahingehend aus, dass bei der Bestrafung aus präventiven Gesichtspunkten die Schuldgrenzen nicht überschritten werden dürfen.

Der Vorwurf des Unrechts bezieht sich auf den Eingriff in die Rechtsordnung durch eine Handlung und ihren Erfolg (Handlungs- und Erfolgsunrecht). Er bringt den Verstoß gegen ein allgemeines Sollen zum Ausdruck und geht von einem entsprechenden allgemeinen Können der Rechtsunterworfenen aus. Der Vorwurf der Schuld bezieht sich auf die individuelle innere Antriebssteuerung zum konkret verwirklichten Unrecht (Handlung und Erfolg). Voraussetzung ist, dass der Täter dieses Unrecht erkennen konnte und biologisch-psychologisch in der Lage war, nach seiner Einsicht zu handeln. Vorgeworfen wird die in dieser Tat verwirklichte Motivation (Gesinnung) nach dem Maß der Ablehnung oder Gleichgültigkeit des Täters gegenüber den rechtlich geschützten Werten unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit der Selbstkontrolle in der konkreten Situation nach dem Maßstab des individuellen Könnens eines rechtstreu Menschen.¹⁴²

Nach Ansicht des OGH¹⁴³ erhält die Schuld iS des § 32 Abs 1 StGB sohin ihr Maß nicht allein von der ablehnenden inneren Einstellung des Rechtsbrechers gegenüber den rechtlich geschützten Werten, sondern auch von der schuldhaft begangenen strafbaren

¹³⁹ *Nowakowski*, Probleme der Strafzumessung, in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* (Strafrechtliches Seminar) 176.

¹⁴⁰ *Nowakowski*, Perspektiven 210.

¹⁴¹ *Zipf*, JBI 1980, 194.

¹⁴² *Moos*, in FS Platzgummer 74 f.

¹⁴³ *EvBI* 1977/20.

Handlung, vom objektiven Gewicht der verschuldeten Tat und damit der Rechtsgutbeeinträchtigung, welche die Schuld umfasst.

Der OGH bezieht in diesen Schuldbegriff nicht nur die Vorwerfbarkeit der Tathandlung, sondern auch die verschuldeten Auswirkungen der Tat ein und vertritt damit einen eigenständigen Schuldbegriff für die Strafbemessung.¹⁴⁴

Der Erfolgs-, Handlungs- und Gesinnungsunwert sind gegeneinander abzuwägende Komponenten der Schuld.¹⁴⁵ Der Erfolgsunwert ist der eingetretene Schaden oder die Gefährdung. Der Handlungsunwert stellt auf das Ausmaß der Sorgfaltswidrigkeit und Rechtsgutbeeinträchtigung, Vorsatzgrad und Maß an Rücksichtslosigkeit ab. Beim Gesinnungsunwert¹⁴⁶ ist zu prüfen, inwieweit der Mangel an Wertverbundenheit von jenem der Maßfigur des § 10 StGB¹⁴⁷ abweicht. Je weniger Hemmungen jemand hat, desto größer ist sein Mangel an Wertverbundenheit und desto größer seine Schuld.¹⁴⁸

Die Schwere des Gesinnungsvorwurfes der Schuld bestimmen vom Unrecht her sowohl Art und Schwere des objektiv herbeigeführten, tatbestandsmäßigen Erfolges als auch Art und Maß der durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit erfolgsgerichteten Handlung.¹⁴⁹

Diese eben genannten Komponenten der Schuld finden sich in der Abwägung der Erschwerungs- und Milderungsgründe¹⁵⁰ wieder.

Der OGH ist der Ansicht, dass maßgeblich für die Schwere der Schuld der das Unrecht mitbestimmende Handlungsunwert und der Gesinnungsunwert seien. *Moos* ist der Ansicht, dass diese Art der kumulativen Aufzählung missverständlich sei, weil die Schuld ein umfassender Begriff des Gesinnungsunwerts ist, der den Handlungsunwert ebenso umfasse wie den Erfolgsunwert. Daher müsse es nach *Moos* statt „Handlungsunwert und Gesinnungsunwert“ richtig „Handlungsunwert im Gesinnungsunwert“ bzw auf die Handlung gerichteter Gesinnungsunwert heißen. Für

¹⁴⁴ *Zipf*, Die Bedeutung der Grundlagenformel des § 32 Abs 1 StGB, ÖJZ 1979, 203.

¹⁴⁵ *Maleczky*, AT II¹³, 49.

¹⁴⁶ Für *Moos* impliziert Schuld den umfassenden Begriff des Gesinnungsunwerts, indem Erfolgs- und Handlungsunwert als Komponenten aufgehen (*Moos*, in FS Platzgummer 92). *Burgstaller* räumt dem Gesinnungsunwert, ohne die hervorragende Rolle des Unrechtsgehaltes der Tat zu verkennen, vorrangige Bedeutung gegenüber dem Handlungs- und Erfolgsunwert ein (*Burgstaller*, ZStW 1982, 146).

¹⁴⁷ § 10 (1) StGB: Wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um einen unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteil von sich oder einem anderen abzuwenden, ist entschuldigt, wenn der aus der Tat drohende Schaden nicht unverhältnismäßig schwerer wiegt, als der Nachteil, den sie abwenden soll, und in der Lage des Täters von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen kein anderes Verhalten zu erwarten war.

¹⁴⁸ *Kunst*, ÖJZ 1977, 482.

¹⁴⁹ *Moos*, in FS Platzgummer 75.

¹⁵⁰ Siehe Kapitel 8.2.

ihn ist es nicht annehmbar, dass der OGH den Handlungsunwert in der Schuld neben den Gesinnungsunwert stelle und der Erfolgsunwert keine Erwähnung in der Schulddefinition des OGH finde und sich nicht auf die Schuld beziehen solle.¹⁵¹

Worauf der OGH die Definition der schweren Schuld stützt ist aus den OGH-Entscheidungen herauszulesen:

Von schwerer Schuld ist zu sprechen, „wenn Handlungs-, Erfolgs- und Gesinnungsunwert unter Mitberücksichtigung aller sonstigen für die Strafzumessungsschuld relevanten Tatumstände bei ganzheitlicher Betrachtung insgesamt ein Ausmaß erreichen, welches als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist. Den Maßstab dafür bildet aber nicht etwa die Strafdrohung des jeweils in Frage stehenden Delikts, sondern das Gesamtspektrum aller diversionstauglicher Delikte.“¹⁵²

4.4.1. Handlungsunwert

Der Handlungsunwert ergibt sich aus der Art und Weise der Tatbegehung. Er steigt mit der Intensität respektive der Brutalität der angewendeten Gewalt sowie der Schwere der eingesetzten Drohung.¹⁵³

Ein Beispiel: Der Täter missachtet fahrlässig ein Rotlicht. Im ersten Fall passiert nichts, da die Kreuzung gerade frei ist. Im zweiten Fall kommt es zu einem Verkehrsunfall mit Sachschaden. Im dritten Fall kommt es zu einem Verkehrsunfall mit Personenschaden (Körperverletzung oder Tötung). Obwohl es sich in allen drei Fällen um das gleiche Handlungsunrecht handelt, unterscheidet die strafrechtliche Verantwortlichkeit schon vom gesetzlichen Strafsatz danach, ob eine fahrlässige Tötung oder eine fahrlässige Körperverletzung vorliegt, während eine fahrlässige Sachbeschädigung nicht strafbar ist und es damit ebenso wie im ersten Fall bei der bloßen Verkehrsübertretung bleibt.¹⁵⁴

Der Handlungsunwert hat insofern eine wichtige Bedeutung, da er auch das Gewicht des Erfolgsunwertes bei der Gesamtbewertung des Unrechts mitbestimmt. Die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgsunwertes bei fahrlässiger Begehung wiegt deutlich weniger schwer als bei vorsätzlicher Begehung. Das Gewicht des Erfolgsunwertes wird gleichsam durch den zugrunde liegenden Handlungsunwert begrenzt. Das heißt nicht, dass der Erfolgsunwert bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht

¹⁵¹ Moos, in FS Platzgummer 91f.

¹⁵² Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 302.

¹⁵³ Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 20 f.

¹⁵⁴ Zipf, JBI 1980, 192.

relevant ist. „Gerade bei fahrlässigen Deliktsverwirklichungen ist die relative Bedeutung des Erfolgsunwertes bei der Quantifizierung des Unrechts sehr hoch“. Das bedeutet für die Diversion, dass bei fahrlässigen Delikten gegen Leib und Leben die Schwere der Schuld nur in seltenen Fällen ein Diversionshindernis darstellen kann.¹⁵⁵

Weiters bemisst sich der Handlungsunwert bei Vorsatzdelikten danach, auf welchen Schaden sich der Vorsatz des Täters bezieht: Je geringer der Wert der Waren, die der Täter entziehen will, desto geringer ist auch der Handlungsunwert und damit die Schuld des Täters.¹⁵⁶

Hinsichtlich des § 42 StGB war die Prüfung des Handlungsunwertes folgendermaßen relevant:

Für die Anwendung des § 42 StGB alt war bei der Prüfung des Handlungsunwerts wiederum entscheidend, auf welchen Warenwert sich der Vorsatz des Täters bezog: Meist werden die Geringfügigkeitsgrenzen des § 141 StGB auf § 42 StGB alt übertragen.¹⁵⁷ *Burgstaller* hält aber auch bei Überschreitung dieser Grenze das Vorliegen geringer Schuld noch für möglich, wenn andere schuld mindernde Umstände entsprechend deutlich vorliegen.¹⁵⁸

Jedenfalls ist festzuhalten, dass ein Handlungsunwert, der so niedrig ist, dass er die Anwendung des § 141 StGB zuließe, zugleich auch gering ist des § 42 StGB alt war und somit nach derzeitigen Rechtsprechung und Rechtslage nicht bloß zur Privilegierung (§ 141 StGB), sondern sogar zur Straflosigkeit (§ 42 StGB alt) führen könnte.¹⁵⁹

Was die Schuldbewertung des § 198 Abs 2 Z 2 StPO betrifft, so kommen nach *Schütz* dem Handlungs- und Erfolgsunwert als Repräsentanten des Unrechts ein hoher Stellenwert zu. *Schütz* kommt daher zu folgendem Ergebnis: Trotz geringen Unrechtsgehalts kann bei Taten selbst ein hoher Gesinnungsunwert nicht mehr zur Bejahung der Schuld führen. Es kann durch die Heranziehung der Strafzumessungsschuld bei leichten Taten nur selten eine schwere Schuld angenommen werden. Dies gilt auch bei typischen Verwirklichungen von mittelschweren Fällen.¹⁶⁰

¹⁵⁵ *Schütz*, Diversionsentscheidungen im Strafrecht – Grundlagen, Voraussetzungen und Indikationen (2003), 98.

¹⁵⁶ *Burgstaller*, Der Ladendiebstahl und seine private Bekämpfung im österreichischen Strafrecht (1981) 58.

¹⁵⁷ *Schwaighofer*, JBI 1997, 156.

¹⁵⁸ *Burgstaller*, Ladendiebstahl 58.

¹⁵⁹ *Schwaighofer*, JBI 1997, 156.

¹⁶⁰ *Schütz*, Diversionsentscheidungen 152.

Der OGH begründete einen gesteigerten Handlungsunwert in der Entscheidung 11 Os 126/03¹⁶¹ folgendermaßen:

In dieser Entscheidung führte er in seiner Begründung aus, dass ein hinzutretender deutlich gesteigerter Handlungsunwert sich aus der Tatsache ergibt, dass der Beschwerdeführer in zwei Angriffen mehrmals Schläge androhte und sein Opfer dadurch so einschüchterte, dass es Geld und ein Armband herausgab. Daher war unter Abwägung aller schuldrelevanten Faktoren die Schuld des Beschwerdeführers als schwer einzustufen.

4.4.2. Gesinnungsunwert

Beim Gesinnungsunwert geht es um den in der Tat zum Ausdruck kommenden Schuldgehalt. Der Gesinnungsunwert wird am Maß der kriminellen Energie und der rechtsfeindlichen Einstellung gemessen. Weiters sind charakterliche Defizite, schädliche Neigungen und kriminelles Vorleben einzubeziehen. Bei den Vorschriften (§ 42 Z 1 StGB alt: Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat¹⁶², § 4 Abs 2 Z 2 JGG) ist der Gesinnungsunwert dafür maßgeblich, den Schweregrad der Schuld zu messen, insbesondere auch gem § 198 Abs 2 stopp und § 7 JGG bei der Diversion.¹⁶³

Hinsichtlich der Prüfung des Gesinnungswertes bei § 141 StGB und § 42 StGB alt kommt man zu folgenden Unterschieden:

Was den Gesinnungsunwert betrifft, so sind die Voraussetzungen des § 141 StGB im Vergleich zu § 42 StGB alt präziser umschrieben: § 141 StGB verlangt ein Handeln aus Not, Unbesonnenheit oder zur Befriedigung eines Gelüstes. Bei der Prüfung des Gesinnungsunwerts für die Anwendung des § 42 StGB alt sind alle sonstigen, nicht dem Handlungsunwert zuzurechnenden Umstände zu berücksichtigen, die für die Strafbemessung gem §§ 32 ff StGB maßgeblich sind: Es sind demnach die näheren Umstände der Tatbegehung und die persönlichen Eigenschaften des Täters in ihrer Gesamtheit dahingehend zu bewerten, ob noch von geringer Schuld gesprochen werden könne.¹⁶⁴

In einer Entscheidung des OGH ist von diesem die Auffassung vertreten worden, dass der Gesinnungsunwert nicht erheblich hinter den typischen Fällen zurückbleibe, weil der Täter ein durchschnittliches Einkommen hatte und keine Herabsetzung der Zurechnungsfähigkeit wegen besonders jugendlichen oder greisenhaften Alters

¹⁶¹ Siehe Kapitel 5.23.

¹⁶² Dazu näher Kap 6.1. unten.

¹⁶³ Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 21.

¹⁶⁴ Schwaighofer, JBl 1997, 157.

feststellbar sei; die Unbescholtenheit für sich sei nicht ausreichend. Dem wurde entgegengehalten, dass die Schuldsprüche in Bezug auf den Handlungs- und Gesinnungsunwert nicht isoliert erfolgen dürfen. Das bedeutet, dass eine Gesamtbewertung vorzunehmen sei, sodass in Art eines beweglichen Systems zB bei einem außerordentlichen Zurückbleiben des Handlungsunwerts insgesamt auch dann noch von geringer Schuld gesprochen werden könne, wenn der Gesinnungsunwert im Durchschnitt der typischen Fälle läge.¹⁶⁵

In der Entscheidung 13 Os 2/01¹⁶⁶ führte der OGH in seiner Begründung aus, dass sich ein hinzutretender deutlicher Gesinnungsunwert aus der Tatsache ergibt, dass der Beschwerdeführer – nach eigenen Angaben ohne wirtschaftliche Notwendigkeit – dem Opfer nicht nur Zigaretten, sondern in einem weiteren Angriff noch ein Feuerzeug mit unrechtmäßigem Bereicherungsvorsatz abnötigte, wobei er mit dem Hinweis auf zu erwartende Beute Anlass zur Prolongierung der seitens des Erstangeklagten angewendeten Gewalt gab. Aus diesen Gründen stufte der OGH die Schuld des Beschuldigten als schwer ein. *Schroll* ist der Ansicht, dass bei dieser Fallkonstellation Unrechtsgehalt und Gesinnungsunwert weder auffallend noch ungewöhnlich sind.¹⁶⁷ ME ist in diesem Fall der Handlungsunwert so gering, dass selbst wenn man von einem hohen Gesinnungsunwert ausgeht noch von einer nicht schweren Schuld gesprochen werden kann und daher eine diversionelle Erledigung stattfinden hätte müssen.

4.4.3. Erfolgswert

Der Erfolgswert ergibt sich aus der Verletzung respektive Gefährdung des Rechtsguts respektive des Tatobjekts. Inbegriffen ist aber auch Schwere und Grad der Verletzung und die Höhe des verursachten Schadens. Der Erfolgswert ist abhängig von Art und Ausmaß der Rechtsgutbeeinträchtigung (zB geringer/hocher Schaden, leichte/schwere Verletzung, Versuch/Vollendung, Schadensgutmachung durch den Täter).¹⁶⁸

Im Erfolgsunrecht liegt insofern ein Zufallsproblem, als es nicht – oder jedenfalls nicht ausschließlich – vom Täter abhängt, welchen Erfolgssachverhalt er verwirklicht. Dem Täter wird jedenfalls immer nur ein solcher Erfolg zugerechnet, auf den sich sein

¹⁶⁵ *Burgstaller*, Ladendiebstahl 57.

¹⁶⁶ Siehe Kapitel 5.13.

¹⁶⁷ *Schroll*, WK² § 198 Rz 28.

¹⁶⁸ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 20.

Verschulden (mindestens also Fahrlässigkeit) bezieht und damit ist dem Schuldprinzip hier soweit genüge getan. Dieses sog Zufallsproblem kann nicht vollkommen eliminiert werden, da dies sonst voraussetzen würde, dass man die Strafhaftung ausschließlich am Handlungsunwert und nicht auch am Erfolgsunwert ausrichten würde.¹⁶⁹

Die Frage, ob der Erfolgsunwert zur Schuld gehört, wird häufig thematisiert. *Schroll* ist der Ansicht, dass der Erfolgsunwert mangels einer gesonderten Folgenabwägung bei der Bewertung der Schuldschwere iSd § 198 Abs 2 Z 2 StGB mit zu berücksichtigen ist, da sich der Vorwurf des Unrechts auf den Eingriff in die Rechtsordnung durch eine Handlung (Handlungsunrecht) und ihren dadurch erwirkten Erfolg (Erfolgsunrecht) bezieht.¹⁷⁰ Die Begründung für den Ausschluss des Erfolgsunwerts aus § 32 Abs 1 StGB liegt darin, dass zur Schuld nur der Handlungs- und Gesinnungsunwert gehöre und das Ausmaß der Schädigung oder Gefährdung nur dann für die Höhe der Schuld relevant sein soll, sofern sich der Handlungs- und Gesinnungsunwert darauf erstreckt haben. Dies würde aber zur Konsequenz haben, dass „bei einem als unveränderlich gedachten Handlungs- und Gesinnungsunwert, etwa bei einem bestimmten sorgfaltswidrigen Verhalten im Straßenverkehr, die Schwere der Schuld immer als gleich hoch beurteilt werden müsse, unabhängig davon, ob eine leichte Verletzung, eine schwere Verletzung oder sogar der Tod eines Menschen eingetreten sei.“ Gerade auf die Schwere des Erfolges kommt es aber schon bei der deliktstypischen Einordnung dieses Verhaltens entscheidend an. Die jeweils anzuwendenden Strafdrohungen variieren dabei trotz des gleich hohen Handlungs- und Gesinnungswertes beträchtlich.¹⁷¹

*Fuchs*¹⁷² ist der Ansicht, dass bei der Schuld iSd § 90a StPO alt (§ 198 StPO) der Erfolgsunwert – wie bei § 42 StGB alt – außer Betracht zu bleiben hat. Dies aufgrund der Begründung, dass wenn schwere Tatfolgen immer die diversionelle Erledigung von vornherein ausschließen, dann wäre Diversion bei vollendeten Delikten mit einer Strafdrohung über einem Jahr regelmäßig unanwendbar, da so hohe Strafen sowohl bei den Vermögens- als auch bei den vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten nur bei schweren Tatfolgen angedroht werden. Das würde aber nicht den Willen des Gesetzgebers widerspiegeln, welcher eben die Diversion für alle Delikte ermöglichen wollte, die nicht in die Zuständigkeit des Schöffens- oder Geschworenengerichtes fallen. Für *Fuchs* hängt die Schwere der Schuld daher im Einzelfall vom Handlungs- und

¹⁶⁹ *Zipf*, JBl 1980, 192.

¹⁷⁰ *Schroll*, WK² § 198 Rz 14.

¹⁷¹ *Schütz*, Diversionsentscheidungen 95.

¹⁷² *Fuchs*, Diversion und Tatopfer, in *Miklaur/Schroll*, Diversion 47.

Gesinnungsunwert ab und für ihn wird aufgrund dessen der Umstand bedeutender, wenn der Täter die Schwere der Verletzung nicht gewollt hat. Denn wenn dem wirklich so ist und der schwere Erfolg dem Täter zwar objektiv zurechenbar ist, aber nicht als nahe liegende Folge der Tathandlung eingetreten ist, dann wäre eine Diversion trotzdem möglich.

Schütz ist der Ansicht, dass bei der Beurteilung der Schwere des Verschuldens nach § 88 Abs 2 StGB – wie auch bei § 42 StGB alt – nur der Handlungs- und der Gesinnungsunwert zu berücksichtigen sind, da bei diesen beiden Bestimmungen der Erfolgsunwert gesondert berücksichtigt ist. Der Erfolgsunwert wird deshalb nicht berücksichtigt, deshalb, weil es oft nur von Zufälligkeiten abhängt, ob sich das verbotene Verhalten auch in der Realisierung des Erfolgsunwertes niederschlägt. Als Beispiel werden die Fahrlässigkeitsdelikte genannt, bei denen es bei gleichem Handlungsunwert oft massive Unterschiede beim Erfolgsunwert geben kann, denn das Eintreten oder Nichteintreten der Erfolge für den Betroffenen ist mehr oder weniger zufällig.¹⁷³ Bei der notwendigen strafrechtlichen Spezifizierung des geschilderten Ansatzes stößt man auf die Erkenntnis, dass „schweres Verschulden“ eine die einzelnen Deliktsmerkmale übergreifende Gesamtbewertung verlangt: Es bedarf im gegebenen Zusammenhang einer ganzheitlichen Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten konkreten Tatumstände mit Ausnahme des (eingetretenen) Erfolges. Die inzwischen gängige Formel lautet: Ob den Täter schweres Verschulden trifft, hängt vom gesamten, in seiner Tat verwirklichten Handlungs- und Gesinnungsunwert ab.

§ 42 StGB alt, wie auch sein Nachfolger § 191 StPO und auch das Pendant im VStG, § 21 VStG, verweisen auf die „Folgen der Tat“. Der Erfolgsunwert wird also zusätzlich angeführt und das würde die Ansicht bestärken, dass der Erfolgsunwert nicht Teil der Schuld ist und davon unabhängig zu behandeln ist.¹⁷⁴

4.5. Die Dreiteilung der Schuld

Nach herrschender Auffassung wird von einer Dreiteilung der Schuld ausgegangen, nämlich von einer leicht-, mittel- und einer schwergradigen Schuld. *Schütz* folgt daraus, dass es neben Fällen einer „leichten“ Schuld auch Fälle einer „mittleren“ oder „normalen“ Schuld geben muss, die im Sinne des Erfordernisses in § 90a Abs 2 Z 2

¹⁷³ *Schütz*, Das schwere Verschulden als Diversionsgrenze, in *Miklau/Schroll*, Diversion 23.

¹⁷⁴ Vgl auch *Tschernitz*, Kein Licht am Tag: Strafe bereits gekippt, in *Die Presse*, Printausgabe vom 18.9.2007.

StPO alt (§ 198 Abs 2 Z 2 StPO) noch prinzipiell als diversionsfähig anzusehen wären.¹⁷⁵

ME gibt es die geringe Schuld, eine nicht schwere Schuld und eine schwere Schuld.¹⁷⁶

Es ist daher eine Grenze sowohl zwischen geringer und nicht schwerer Schuld, als auch eine Abgrenzung zwischen nicht schwerer Schuld und schwerer Schuld zu ziehen.

Die erste Abgrenzung verlor wohl durch die Aufhebung des § 42 StGB alt an Bedeutung, da die neue Regelung respektive der Nachfolgeparagraph § 191 StPO nicht mehr den Begriff der geringen Schuld enthält, aber trotzdem die Überschrift „Einstellung wegen Geringfügigkeit“ lautet. Dennoch ist die Abgrenzung für § 25 FinStrG¹⁷⁷ und möglicherweise für potenzielle zukünftige Delikte mit einem Erfordernis einer geringen Schuld nicht zu vernachlässigen.

Besonders wichtig ist die Abgrenzung zwischen nicht schwerer und geringer Schuld, denn je niedriger die Schwelle zwischen geringer und schwerer Schuld angesetzt wird, desto niedriger – und somit gleichzeitig in wenigen Fällen – wird die Abgrenzung zwischen nicht schwerer und schwerer Schuld ausfallen. Dies wiederum entspricht nicht den Intentionen des Gesetzgebers, der eindeutig beabsichtigt hat, dass alle Delikte, die mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft sind, diversionell erledigbar sind. Das würde bedeuten, dass beide Abgrenzungen den gleichen Stellenwert haben und die eine Abgrenzung von der anderen in einem starken Abhängigkeitsverhältnis steht.

4.6. Juristische Personen und der Schuldgrundsatz

4.6.1. Verbandsverantwortlichkeitsgesetz

4.6.1.1. Allgemeines

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden ist in Österreich im Verbandsverantwortlichkeitsgesetz geregelt. Das Gesetz trat mit 1.1.2006 in Kraft und

¹⁷⁵ Schütz, Diversionsentscheidungen 151.

¹⁷⁶ Siehe Abbildung 1 in Kapitel 6.1. unten.

¹⁷⁷ Absehen von der Strafe; Verwarnung.

§ 25. (1) Die Finanzstrafbehörde hat von der Einleitung oder von der weiteren Durchführung eines Finanzstrafverfahrens und von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn das Verschulden des Täters geringfügig ist und die Tat keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat. Sie hat jedoch dem Täter mit Bescheid eine Verwarnung zu erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von weiteren Finanzvergehen abzuhalten.

beinhaltet Besonderheiten und Abweichungen vom Individualstrafrecht. Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz sieht neben der Möglichkeit der Diversion als einzige Rechtsfolge von Straftaten der Verbände die Verbandsgeldbuße vor.

Die Einführung der Strafbarkeit juristischer Personen hat kriminalpolitische Gründe, denn Wirtschaftsdelikte, die einzelne Personen im Rahmen ihrer Tätigkeit für Unternehmen begehen, wirken sich vielfach zum Vorteil der Unternehmen aus.

Daraus resultieren mehrere Probleme: Erstens sind die Strafen, die den handelnden Personen auferlegt werden, im Vergleich zum enormen Schaden gering. Zweitens kommt das Unternehmen sehr günstig davon, wenn es die Geldstrafe für den Einzelnen zahlt und drittens ist oft auch ein Verschulden einem Einzelnen nicht nachweisbar.

4.6.1.2. Die Schuld im Verbandsverantwortlichkeitsgesetz

Wie auch immer Schuld als eine strafrechtliche Kategorie inhaltlich präzisiert wird, enthält sie nach bisherigen Vorstellungen jedenfalls die höchstpersönliche Verantwortlichkeit eines Einzelmenschen für das von ihm begangene Unrecht auf Grund seiner inneren Haltung. Es gibt somit keine Kollektivschuld mehrerer Personen und keine Schuld einer juristischen Person, denn diese ist kein Mensch, sondern ein künstliches Rechtsgebilde, das aus einer Vermögensmasse oder einer Personenvereinigung besteht.¹⁷⁸ Man ging davon aus, dass einer juristischen Person keine natürlichen psychischen Fähigkeiten zukommen, daher gebe es keine Schuld juristischer Personen und auch keine Strafe. Das VbVG stellt nicht auf die Schuld einer natürlichen Person ab, statuiert aber eine Verantwortlichkeit des Verbandes.

Der klassische Schuldbegriff wurde im VbVG aufgegeben. Der Schuldgrundsatz wurde im VbVG für Verbände modifiziert und man hat die sogenannte „Verbandsgeldbuße“ eingeführt. Anstatt der Schuld verlangt das Gesetz die Verbandsverantwortlichkeit, welche nicht durch die persönliche Vorwerfbarkeit eines Verhaltens geprägt ist, sondern durch die Begehung einer rechtswidrigen und schuldhaften Tat durch einen Entscheidungsträger oder die objektiv fehlende Kontrolle durch den Verband und die rechtswidrige Verwirklichung eines Tatbestands durch Entscheidungsträger oder Mitarbeiter.¹⁷⁹ *Schmoller* ist der Ansicht, dass wenn die Schuld stets auf ein bestimmtes rechtswidriges Verhalten (durch Bewertung der Willensbildung im Hinblick auf die normative Ansprechbarkeit) bezogen ist, kann sie nicht beim Verband als

¹⁷⁸ Moos, Die Strafbarkeit juristischer Personen und der Schuldgrundsatz, RZ 2004, 98.

¹⁷⁹ Maleczky, AT II¹³, 67.

solchem liegen, denn dieser handelt nicht selbst. Die einzelnen Verhaltensweisen werden von natürlichen Personen gesetzt, die im Rahmen des Verbandes handeln.¹⁸⁰

Dem Begriff der „Verbandsverantwortlichkeit“ kommt daher eine ähnliche Funktion zu wie dem Begriff der Schuld im Strafrecht natürlicher Personen: Wie die Schuld soll auch die Verantwortlichkeit definieren, was vorwerfbar ist. Es handelt sich um einen eigenen Begriff der Verantwortung, der ebenso wie die Individualschuld Strafe ermöglicht. Somit gibt es einen einheitlichen Begriff von Strafe und zweierlei Begriffe von strafbegründender Schuld: Individualschuld und Verbandsverantwortlichkeit.¹⁸¹ Die Verbandsgeldbuße setzt Unrecht voraus, aber keine Schuld als persönliche Vorwerfbarkeit.¹⁸² Der Verband handelt nicht schuldhaft, auch nicht im analogen Sinn, ihn trifft aber eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für die an ein schuldhaftes Verhalten natürlicher Personen angeknüpft wird.¹⁸³

Die Voraussetzungen des § 3 VbVG etabliert ein eigenes System der Verantwortlichkeit von Verbänden für Taten von Entscheidungsträgern und Mitarbeitern. Das VbVG stellt darauf ab, ob eine Straftat durch einen Entscheidungsträger gem § 3 Abs 2 VbVG oder durch einen sonstigen Mitarbeiter gem § 3 Abs 3 VbVG begangen worden ist. Dies lässt allerdings offen, was unter einem Verschulden des Verbandes zu verstehen ist. Bei der Verantwortlichkeit aufgrund des Fehlverhaltens eines Mitarbeiters geht die hM davon aus, dass weder der Mitarbeiter noch der die Tat erleichternde Entscheidungsträger schuldhaft handeln müsse, denn auf Seiten des Mitarbeiters reiche gem § 3 Abs 3 Z 1 VbVG ein tatbestandsmäßiges und rechtswidriges Verhalten aus und der Entscheidungsträger müsse nur objektiv sorgfaltswidrig und zumutbar gehandelt haben.¹⁸⁴

Das VbVG enthält Vorschriften¹⁸⁵ zur Bemessung der Geldbuße, die als Geringfügigkeitskriterien herangezogen werden können, was einen brauchbaren Maßstab zur Beurteilung der „Schuld“ darstellt.

¹⁸⁰ *Schmoller*, Strafe ohne Schuld? Überlegungen zum neuen Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, RZ 2008, 8.

¹⁸¹ *Moos*, RZ 2004, 101.

¹⁸² *Maleczky*, AT II¹³, 68.

¹⁸³ *Schmoller*, RZ 2008, 8.

¹⁸⁴ *Schmoller*, RZ 2008, 8 f.

¹⁸⁵ Die Vorschriften über die Bemessung der Verbandsgeldbuße finden sich in § 5 VbVG, der in Abs 2 und 3 demonstrativ Erschwerungs- und Milderungsgründe aufzählt.

§ 5 VbVG

(1) Bei der Bemessung der Anzahl der Tagessätze hat das Gericht Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Höhe der angedrohten Geldbuße bestimmen, gegeneinander abzuwägen,

(2) ...

Dh Voraussetzung für die mangelnde Strafwürdigkeit der Verbandstat wäre einerseits die geringfügige „Verbandsbußbemessungsverantwortlichkeit“ und andererseits, dass die Tat keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat. Es gibt im Wesentlichen 4 Gruppen von Gründen¹⁸⁶:

- Organisationsverschulden: als erschwerend wird es angesehen, wenn der Verband gesetzwidriges Verhalten des Mitarbeiters geduldet und begünstigt hat; als mildernd, wenn der Verband bereits vor der Tat Vorkehrungen getroffen hat, um solche Taten zu verhindern oder Mitarbeiter zum rechtstreuem Verhalten angehalten hat (§ 5 Abs 2 Z 3 VbVG).
- Das sogenannte Nachtatverhalten des Verbandes: da wird im § 5 Abs 3 Z 3, 4 und 5 VbVG als mildernd angesehen, wenn der Verband erheblich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat, die Folgen der Tat gutgemacht hat und er, um ähnliche Taten in der Zukunft zu vermeiden, wesentliche Schritte dafür unternommen hat.
- Nach § 5 Abs 3 Z 2 VbVG darf es sich nur um Mitarbeitertaten handeln.
- Bei den Folgen der Tat (§ 5 Abs 2 Z 1, 2 und 3 VbVG) ist als erschwerend anzusehen, wenn der Verband für einen großen Schaden oder eine beträchtliche Gefährdung verantwortlich ist oder wenn er einen bedeutenden Vorteil aus der Tat erlangt hat; als mildernd ist anzusehen, wenn der Verband bereits gewichtige rechtliche Nachteile erfahren hat.

Im Gegensatz zum Individualstrafrecht ist es nicht möglich, dem Verband ohne weiteres Erfolgs- und Handlungsunrecht sowie Gesinnungsunwert von Mitarbeitern und Entscheidungsträgern zuzurechnen. *Manhart* geht davon aus, dass es keine Verbandsschuld gibt, aufgrund dessen sind für die Beurteilung der geringen Schuld respektive des geringen Verschuldens andere Kriterien zu suchen.¹⁸⁷

Wenn es aber keine Verbandsschuld gibt, so dürfte es auch keine Strafe geben, ganz nach dem Schuldgrundsatz: Keine Strafe ohne Schuld.

(3) Die Anzahl ist insbesondere geringer zu bemessen, wenn 1. der Verband schon vor der Tat Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten getroffen oder Mitarbeiter zu rechtstreuem Verhalten angehalten hat; 2. der Verband lediglich für Straftaten von Mitarbeitern verantwortlich ist (§ 3 Abs. 3); 3. er nach der Tat erheblich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat; 4. er die Folgen der Tat gutgemacht hat; 5. er wesentliche Schritte zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten unternommen hat; 6. die Tat bereits gewichtige rechtliche Nachteile für den Verband oder seine Eigentümer nach sich gezogen hat.

¹⁸⁶ *Manhart*, Geringe Schuld und Verbandsverantwortlichkeit: Die mangelnde Strafwürdigkeit (§ 42 StGB, § 25 FinStrG) im VbVG, JSt 2007, 94.

¹⁸⁷ *Manhart*, JSt 2007, 95.

Nach *Moos* kann das Prinzip des § 4 StGB keine unumschränkte Geltung mehr beanspruchen, denn die „Verbandsverantwortlichkeit“ erfülle nicht den Schuldbegriff, auf dem der Schuldgrundsatz „Keine Strafe ohne Schuld“ beruht. Es wird dann Strafe ohne Schuld geben.¹⁸⁸ Eine andere Meinung vertritt *Kert*, der meint, dass keineswegs davon gesprochen werden kann, dass das VbVG den Schuldgrundsatz breche und dem Verband eine objektive Erfolgshaftung auferlege. Der Schuldgrundsatz werde durch das VbVG für Verbände nur modifiziert, denn wie die Schuld bei der Verhängung von Strafen über natürliche Personen, stelle für die Verhängung einer Verbandsgeldbuße der Vorwurf gegen den Verband eine notwendige Bedingung und zugleich Grenze dar, habe also wiederum Begründungs- und Begrenzungsfunktion.¹⁸⁹

Für *Burgstaller* gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder man bekennt sich dazu, dass für juristische Personen eine grundsätzlich neue Art von strafrechtlichen Sanktionen eingeführt wird, die auf Schuld im traditionellen Sinn verzichtet, oder man konstruiert die Sanktionen gegen juristische Personen durchgehend als vorbeugende Maßnahmen.¹⁹⁰

Schmoller ist der Ansicht, dass die Voraussetzungen der Verbandsverantwortlichkeit in § 3 VbVG so zu interpretieren seien, dass sie mit dem Schuldgrundsatz vereinbar sind und deshalb solle für eine Verbandsverantwortlichkeit in jedem Fall ein schuldhaftes Verhalten eines Entscheidungsträgers erforderlich sein. Dies ist auch in Fällen des § 3 Abs 2 VbVG gewährleistet. Für die Fälle des § 3 Abs 3 VbVG schlägt *Schmoller* vor, die gesetzliche Anforderung, nach der ein Entscheidungsträger die ihm „zumutbare“ Sorgfalt außer Acht gelassen haben muss, im weiten Sinn als das Erfordernis einer „schuldhaften“ iS einer „Fahrlässigkeitsschuld“ auszulegen.¹⁹¹

¹⁸⁸ *Moos*, RZ 2004, 104.

¹⁸⁹ *Kert*, Verbandsverantwortlichkeit und Finanzstrafrecht in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2006, 22 f.

¹⁹⁰ *Burgstaller*, JBl 1996, 365.

¹⁹¹ *Schmoller*, RZ 2008, 14.

4.6.2. Diversion im Verbandsverantwortlichkeitsgesetz

§ 19 VbVG¹⁹² normiert die diversionelle Erledigung für einen Verband. Auch hier bedarf es eines geklärten Sachverhalts und es müssen die Voraussetzungen des § 198 Abs 2 Z 1 und 3 StPO vorliegen. § 19 VbVG ist den Bestimmungen über die Diversion in der StPO (§§ 198 ff StPO) nachgeahmt und er verweist auch auf diese Bestimmungen. Die Besonderheiten gegenüber §§ 198 ff StPO gibt es hinsichtlich der Anwendungsvoraussetzungen und der Diversionsmaßnahmen.¹⁹³ Eine zusätzliche Voraussetzung liegt hier darin, dass der Verband den aus der Tat entstandenen Schaden gut macht sowie andere Tatfolgen beseitigt und dies unverzüglich nachweist. Allerdings ist – anders als nach der StPO – die „nicht schwere Schuld“ keine Voraussetzung für eine Diversion, da der Begriff der „schweren Schuld“ im VbVG fehlt. Der Gesetzgeber wollte bewusst nicht auf das Problem der Schuld des Verbandes eingehen.¹⁹⁴

Das VbVG sieht als diversionelle Maßnahmen die Zahlung eines Geldbetrages mit einer maximalen Anzahl von 50 Tagessätzen, die Probezeit mit und ohne Pflichten und

¹⁹² Rücktritt von der Verfolgung (Diversion)

§ 19 (1) Steht auf Grund hinreichend geklärten Sachverhalts fest, dass eine Einstellung des Verfahrens nach den §§ 190 bis 192 StPO oder ein Vorgehen nach § 18 nicht in Betracht kommt, und liegen die in § 198 Abs. 2 Z 1 und 3 StPO genannten Voraussetzungen vor, so hat die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung eines belangten Verbandes wegen der Verantwortlichkeit für eine Straftat zurückzutreten, wenn der Verband den aus der Tat entstandenen Schaden gut macht sowie andere Tatfolgen beseitigt und dies unverzüglich nachweist und wenn die Verhängung einer Verbandsgeldbuße im Hinblick auf

1. die Zahlung eines Geldbetrages, der in Höhe von bis zu 50 Tagessätzen zuzüglich der im Fall einer Verurteilung zu ersetzenden Kosten des Verfahrens festzusetzen ist (§ 200 StPO),
2. eine zu bestimmende Probezeit von bis zu drei Jahren, soweit wie möglich und zweckmäßig in Verbindung mit der ausdrücklich erklärten Bereitschaft des Verbandes, eine oder mehrere der in § 8 Abs. 3 genannten Maßnahmen zu ergreifen (§ 203 StPO), oder
3. die ausdrückliche Erklärung des Verbandes, innerhalb einer zu bestimmenden Frist von höchstens sechs Monaten unentgeltlich bestimmte gemeinnützige Leistungen zu erbringen (§ 202 StPO),

nicht geboten erscheint, um der Begehung von Straftaten, für die der Verband verantwortlich gemacht werden kann (§ 3), und der Begehung von Straftaten im Rahmen der Tätigkeit anderer Verbände entgegenzuwirken. § 202 Abs. 1 StPO ist nicht anzuwenden.

(2) Nach Einbringung des Antrags auf Verhängung einer Verbandsgeldbuße wegen Begehung einer strafbaren Handlung, die von Amts wegen zu verfolgen ist, hat das Gericht Abs. 1 sinngemäß anzuwenden und das Verfahren gegen den Verband unter den für die Staatsanwaltschaft geltenden Voraussetzungen bis zum Schluß der Hauptverhandlung mit Beschluss einzustellen (§ 199 StPO).

¹⁹³ *Hilf/Zeder*, WK² § 19 VbVG Rz 1.

¹⁹⁴ *Hilf/Zeder*, WK² § 19 VbVG Rz 7.

die Erbringung gemeinnütziger Leistungen vor. Ein Tauschgleich und Bewährungshilfe sind nicht vorgesehen.

5. Einschlägige Rechtsmittelentscheidungen

österreichischer Gerichte

Im Folgenden werden wesentliche Auszüge aus auserwählten Entscheidungen der Landesgerichte, des Oberlandesgerichts Wien und des Obersten Gerichtshofes in chronologischer Ordnung zusammengefasst:

5.1. OGH 4.10.1989, 14 Os 89/89¹⁹⁵

Problembereich:

Geringe Schuld im Sinne des § 42 Z 1 StGB.

Ausgangssituation:

Mit Urteil des Bezirksgerichtes wurde die Angeklagte des Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 und Abs 4 1. Fall StGB schuldig erkannt, weil sie als Lenkerin eines Personenkraftwagens dadurch, dass sie beim Linksabbiegen den Vorrang des entgegenkommenden Radfahrers missachtete, weshalb es zu einer Kollision kam, fahrlässig den Radfahrer am Körper verletzt hat. Die Tat hat eine an sich schwere Körperverletzung, nämlich einen Bruch des Endgliedes des rechten kleinen Fingers sowie Abschürfungen am linken Handrücken und an der Vorderseite des linken Knies, verbunden mit einer länger als 24 Tage dauernden Gesundheitsschädigung, zur Folge. Das Bezirksgericht verurteilte die Angeklagte zu einer bedingt nachgesehen Geldstrafe sowie zur Bezahlung eines Schadenersatzbetrages an den Privatbeteiligten. Die Verurteilte bekämpfte den Schuldspruch mit Berufung wegen Nichtigkeit und Schuld, wobei sie mangelnde Strafwürdigkeit der Tat geltend machte. Das Landesgericht als Berufungsgericht gab der Berufung der Angeklagten Folge und erkannte gem § 259 Z 3 StPO auf Freispruch aus dem Grunde des § 42 StGB. Das Berufungsgericht vertrat die Auffassung, dass die Schuld der Angeklagten gerade noch als gering in der Bedeutung des § 42 Z 1 StGB angesehen werden könne, weil die Belastung des Aufmerksamkeitspotentials der Lenkerin durch die hohe Verkehrsdichte, die Sichtbehinderung durch Sonnenlicht und schließlich ihr hohes Alter berücksichtigt werden müsse.

¹⁹⁵ Veröffentlicht in JBI 1990, 124; ZVR 1989/188; ÖJZ 1989/266.

Entscheidung:

Das Urteil des Landesgerichts als Berufungsgericht verletzt das Gesetz in den Bestimmungen des § 42 Z 1 StGB.

Aus der Begründung:

„[...] Das Urteil des Landesgerichts steht mit dem Gesetz nicht im Einklang, weil die Straflosigkeitsvoraussetzungen der Tat nach § 42 Z 1 und Z2 StGB zu Unrecht angenommen worden sind. Geringe Schuld im Sinne des § 42 Z 1 StGB setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass das Gewicht der Einzeltat hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Schuld- und Unrechtsgehalt erheblich zurückbleibt; die Schuld des Täters muss absolut und im Vergleich zu den typischen Fällen der jeweiligen Deliktsverwirklichung geringfügig sein. Im Rahmen fahrlässigen Täterverhaltens genügt daher nicht, dass den Täter bloß kein schweres Verschulden (§ 88 Abs 2 StGB) trifft, sondern es muss ein Sorgfaltsverstoß vorliegen, dessen Gewicht im Vergleich zu den Durchschnittsfällen der Deliktsverwirklichung deutlich abfällt. Grundsätzlich spricht es für solch eine Minderung persönlicher Vorwerfbarkeit eines fahrlässigen Verhaltens, wenn die erkennbare Gefahr des Schadenseintritts nicht allzu hoch war, wogegen umgekehrt geringe Schuld um so weniger in Betracht kommt, je wahrscheinlicher die Rechtsgutverletzung wird. Das hiezu vom Berufungsgericht erwogene rege Verkehrsgeschehen im Zeitpunkt des Unfalls ist nämlich vor allem ein Argument für die Risikoträchtigkeit des Abbiegemanövers, das ohne Anhalten und ohne Beachtung des bevorrangten Gegenverkehrs durchgeführt wurde, stellt darüber hinaus in Wahrheit keinen die Lenkerin überdurchschnittlich beanspruchenden Umstand dar, weil die belastenden Faktoren einer hohen Verkehrsdichte auf geregelten Kreuzungen erheblich entschärft sind. Auch die Annahme, dass die Lenkerin durch Sonnenlicht „etwas“ geblendet war, umschreibt unabhängig davon, ob dieser Effekt nun plötzlich aufgetreten ist oder nicht, eine beim Autofahren keineswegs ungewöhnliche Beeinträchtigung, welche sich ohne besondere Schwierigkeit und ohne Sicherheitsrisiko ausgleichen lässt. Alle Umstände, die bei entsprechenden Kompensationsbemühungen des Lenkers seine Fahrtüchtigkeit unberührt lassen – wie etwa bestimmte gesundheitliche Beeinträchtigungen oder die hier angenommenen Auswirkungen fortgeschrittenen Alters – bedeuten eine Erweiterung der Sorgfaltspflichten, welche sich dann auch auf die Überwindung dieser Behinderung erstrecken. Eine solche Pflichtenvermehrung kann bei Beurteilung des Fahrlässigkeitsgrades einer Sorgfaltswidrigkeit schuld mindernd wirken, jedoch kommt ihr keine so dominierende Bedeutung zu, dass auf dieser Grundlage ein in einer alltäglichen Verkehrssituation unterlaufener besonders gefährlicher Verstoß gegen

Vorrangregeln als unterdurchschnittliches Verschulden zu gewichten wäre. Insgesamt führt eine Abwägung der evidenten Gefährlichkeit des Aufmerksamkeitsfehlers der Maria W*** anlässlich ihres Abbiegemanövers einerseits und der aus den persönlichen Eigenschaften des Täterin und den Umständen der Fahrlässigkeitstat ableitbaren schuldmindernenden Gegebenheiten andererseits zu dem Resultat, dass ihre Schuld nicht gering war. [...]“

5.2. OGH 20.12.1989, 14 Os 109,110/89¹⁹⁶

Problembereich:

Geringe Schuld im Sinne des § 42 Z 1 StGB.

Ausgangssituation:

Mit Urteil des Bezirksgerichtes wurde der damals 50-jährige Angeklagte des Vergehens des versuchten Diebstahls nach §§ 15, 127 Abs 1 StGB schuldig erkannt, weil er ein Exemplar der Tageszeitung „K***“ im Wert von 7 S aus einem Zeitungsverkaufsstand herausnahm, ohne das Entgelt dafür einzuwerfen. Dabei wurde er von Kontrolloren des Verlags „N*** K***“ beobachtet und zur Rede gestellt. Der Angeklagte gab die Zeitung in den Verkaufsstand zurück. Das Erstgericht schloss mangels Vorliegens einer Tatbegehung aus Not, Unbesonnenheit oder zur Befriedigung eines Gelüstes sowohl die Beurteilung als versuchte Entwendung als auch die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat gem § 42 StGB aus generalpräventiven Gründen aus. Der Angeklagte wurde zu einer Geldstrafe in der Höhe von 20 Tagessätzen verurteilt, wobei der Tagessatz mit 450 S bestimmt wurde. Der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung wegen Nichtigkeit, Schuld und Strafe gab das Berufungsgericht nicht Folge. Nach Auffassung der Generalprokuratur verletzten beide Urteile das Gesetz in der Bestimmung des § 42 Abs 1 (aF) StGB. Sie erhob daher Nichtigkeitsbeschwerde und führte aus:

„[...] Die – auch im Urteil des Bezirksgerichtes ersichtlich nicht angezweifelte – geringe Schuld des zur Tatzeit im 51. Lebensjahr stehenden, gerichtlich nicht vorbestraften Angeklagten, also das erhebliche Zurückbleiben seines tatbildmäßigen Verhaltens hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt (Pallin im WK § 42 RN 9 mit Judikaturnachweisen), ist vor allem im Hinblick darauf zu bejahen, dass der Wert der Diebsbeute nicht nur den nach § 42 Abs 1 Z 2 StGB (aF) maßgeblichen Erfolgsunwert, sondern – als Vorsatzinhalt – auch das Ausmaß des gemäß Z 1 dieser Gesetzesstelle zu prüfenden Handlungsunwerts mitbestimmt

¹⁹⁶ Veröffentlicht in ÖJZ 1990/92; AnwBl 1990/3519; JBl 1991, 124.

(Burgstaller, Der Ladendiebstahl und seine private Bekämpfung, 58; derselbe in RZ 1982, 146; Pallin aaO). Vorliegend beträgt dieser Wert knapp über ein Prozent der zur Tatzeit nach der Judikatur (Mayerhofer-Rieder StGB2 § 141 EGr 14-16) für die Privilegierung nach § 141 StGB maßgeblichen Bagatellgrenze; [...]“

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Generalprokuratur war zu verwerfen.

Aus der Begründung:

„[...] Der Oberste Gerichtshof vermag dem nicht beizutreten; er hat vielmehr erwogen: Angesichts der im § 127 Abs 1 aF StGB normierten Strafdrohung des Vergehens des schweren Diebstahls (Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen) sowie des Umstands, dass der auf die Zueignung einer Sache mit einem unter der Geringwertigkeitsgrenze liegenden Beutewert gerichtete Angriff auf fremdes Vermögen beim Versuch geblieben ist und nach der Aktenlage auch keine sonstigen Folgen (im Sinne einer sozialen Störung) nach sich gezogen hat, hängt die Beurteilung der Strafwürdigkeit der Tat vom Grad der Schuld des Täters sowie davon ab, ob seine Bestrafung aus spezial- und/oder generalpräventiven Erwägungen geboten ist. Geringe Schuld iS des § 42 Abs 1 Z 1 aF bzw § 42 Z 1 nF StGB setzt nach gefestigter Judikatur – wie die Generalprokuratur an sich zutreffend ausführt – stets voraus, dass das Gewicht der Einzeltat hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Schuld- und Unrechtsgehalt erheblich zurückbleibt. Die Schuld des Täters muss absolut und im Vergleich zu den typischen Fällen der jeweiligen Deliktsverwirklichung gering sein; maßgebend hiefür ist zum einen der das tatbestandsmäßige Unrecht mitbestimmende Handlungsunwert, zum anderen aber (nicht minder) auch der Gesinnungsunwert, der das Ausmaß der (deliktstypischen) Schuld entscheidend (mit-) prägt. Der Generalprokuratur ist zuzugeben, dass vorliegend der Handlungsunwert – davon ausgehend, dass der Tätervorsatz auf die Zueignung einer Sache gerichtet war, deren Wert tatsächlich weit unter der maßgeblichen Bagatellgrenze liegt – als gering zu veranschlagen ist. Dass hingegen auch im gleichen Maße der Gesinnungsunwert des Täterverhaltens als gering anzusehen wäre, kann indes den gesamten Verfahrensergebnissen nicht entnommen werden, sind darnach doch keine Umstände hervorgekommen, die dafür sprächen, dass (auch) die Tätergesinnung in ihrem Unwert erheblich hinter den typischen Fällen von Angriffen gegen fremdes Vermögen zurückgeblieben und sohin im Vergleich zu diesen als gering zu beurteilen ist. Der Angeklagte bezieht ein nicht unbeträchtliches Einkommen, befand sich daher keineswegs in einer wirtschaftlich bedrängten Lage und wollte sich demnach nicht eine

Sache ohne Bezahlung zueignen, deren ordnungsgemäße Anschaffung seine finanziellen Möglichkeiten überstieg und deren Erlangung im Übrigen auch nicht der Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse hätte dienen sollen. Der Umstand, dass der 50-jährige Angeklagte bisher strafrechtlich noch nicht negativ in Erscheinung getreten ist, vermag für sich allein all dies nicht (im Sinne eines dennoch geringen Gesinnungsunwerts) zu kompensieren; kommt es doch für eine geringe Schuld in der dargelegten Bedeutung zwar auch, aber nicht nur auf die bisherige Unbescholtenheit des Täters an, ebenso wenig wie es hiefür auf den Erfolgsunwert ankommt, der ausschließlich unter dem Aspekt des § 42 Abs 1 Z 2 aF (bzw § 42 Z 2 nF) StGB von Bedeutung ist, worin der Generalprokurator durchaus beizupflichten ist.

Mithin fehlt es (bereits) am Erfordernis einer geringen Schuld in der Bedeutung des § 42 Abs 1 Z 1 aF (bzw § 42 Z 1 nF) StGB und demnach an einer der vom Gesetz kumulativ geforderten Voraussetzungen mangelnder Strafwürdigkeit der Tat, weshalb die Nichtigkeitsbeschwerde schon aus diesem Grund zu verwerfen war. [...]“

5.3. OGH 20.11.1990, 15 Os 105/90¹⁹⁷

Problembereich:

Voraussetzungen für Diversion im Jugendstrafrecht, schwere Schuld.

Ausgangssituation:

Verurteilung nach § 206 Abs 1 StGB; der Angeklagte wurde des Verbrechens des Beischlafs mit Unmündigen schuldig erkannt; gem § 13 Abs 1 JGG wurde der Ausspruch der deswegen über ihn zu verhängenden Strafe für eine Probezeit von 3 Jahren vorbehalten: Der Angeklagte erhob Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung gegen das Urteil.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen und der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Aus der Begründung:

„[...] Für eine vorläufige Einstellung des Verfahrens nach § 9 JGG schließlich war schon deswegen kein Raum, weil angesichts der mehrfachen Wiederholung des (selbst bei einer Begehung durch Jugendliche mit mehrjähriger Freiheitsstrafe bedrohten) Verbrechens nach § 206 Abs 1 StGB die – nach

¹⁹⁷ Veröffentlicht in ÖJZ 1991/57.

Strafzumessungsgrundsätzen (§ 32 StGB) zu bewertende – Schuld des Beschwerdeführers durchaus als schwer anzusehen ist; ein Überwiegen der Erschwerungsumstände ist dazu, wie klarstellend vermerkt sei, keineswegs vorauszusetzen. [...]"

5.4. OGH 7.3.1991, 15 Os 148/90¹⁹⁸

Problembereich:

Diversion im Jugendstrafrecht, schwere Schuld.

Ausgangssituation:

Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung nach §§ 83 Abs 1, 84 Abs 2 Z 2 StGB. Der Beschwerdeführer und elf weitere Angeklagte verletzten in verabredeter Verbindung das Opfer am Körper, indem sie ihn einkreisten und einander in ihrer Vorgangsweise bestärkten, wobei einer der Angeklagten das Opfer niederschlug und trat, wodurch dieser Blutergüsse, Abschürfungen und eine Kratzspur im Gesicht erlitt. Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung wurde erhoben.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen und der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Aus der Begründung:

„[...] Für eine vom Angeklagten P***** angestrebte vorläufige Einstellung des Verfahrens gemäß § 9 JGG schließlich (Z 9 lit b iVm § 32 Abs 1 JGG) war im Hinblick darauf kein Raum, dass seine – nach Strafzumessungsgrundsätzen (§ 32 StGB) zu bewertende – deliktstypische Schuld bei der hier ihm zur Last fallenden Beteiligung an einem ohne jeden Anlass aus purem Rowdytum bandenartig inszenierten brutalen Überfall auf einen Parkbesucher, möge sie auch bloß in einem psychischen Tatbeitrag bestanden haben, ungeachtet seiner bisherigen Unbescholtenheit durchaus als schwer anzusehen ist. [...]"

5.5. OGH 11.4.1991, 12 Os 8/91

Problembereich:

Voraussetzungen für Diversion im Jugendstrafrecht, schwere Schuld.

¹⁹⁸ Veröffentlicht in JBI 1992, 197.

Ausgangssituation:

Die beiden jugendlichen Angeklagten wurden des Verbrechens des schweren Raubes nach §§ 142 Abs 1, 143 2. Fall StGB schuldig erkannt. Sie haben das Opfer mit Gewalt unter Verwendung einer Waffe eine Geldtasche mit einem Bargeldbetrag von ca 2.700 S abgenötigt, indem der Erstangeklagte von hinten eine Drahtschlinge um den Hals des Opfers legte, ihn gegen die Rücklehne des Fahrersitzes zog und zur Übergabe der Geldtasche aufforderte, während der Zweitangeklagte eingriffsbereit im Sinne des vereinbarten Tatplans zur Unterstützung daneben saß. Die beiden Angeklagten erhoben Nichtigkeitsbeschwerde mit der Begründung, dass der zur Tatausführung verwendeten Drahtschlinge keine Waffeneigenschaft im Sinne des § 143 2. Fall StGB zukomme. Der Zweitangeklagte brachte weiters vor, dass das Erstgericht mit vorläufiger Verfahrenseinstellung nach § 9 JGG vorgehen hätte müssen.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden verworfen.

Aus der Begründung:

„[...] Zu den kumulativ geforderten Voraussetzungen des begehrten Verfolgungsausschlusses zählt auch das Gebot der nicht als schwer anzusehenden Schuld des Täters, welchem Erfordernis der vorliegend – angesichts der planmäßigen Vorbereitung und evidenten, auch in den Folgewirkungen manifesten (Lebens-!) Gefährlichkeit des Angriffs – in der inkriminierten Tat zutage getretene, gravierende Handlungs- und Gesinnungsunwert keinesfalls gerecht wird. [...]“

5.6. OGH 13.2.1997, 15 Os 3/97

Problembereich:

Voraussetzungen für Diversion im Jugendstrafrecht, schwere Schuld.

Ausgangssituation:

Verurteilung wegen des Verbrechens der Unzucht mit Unmündigen nach § 207 Abs 1 1. Fall StGB. Der Angeklagte missbrauchte wiederholt eine unmündige Person auf andere Weise als durch Beischlaf zur Unzucht. Er erhob Nichtigkeitsbeschwerde.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen und der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Aus der Begründung:

„[...] Ob keine schwere Schuld vorliegt, ist nach Strafbemessungsgrundsätzen (§ 32 StGB) zu beurteilen, wobei hierfür keineswegs ein Überwiegen der Erschwerungsumstände vorausgesetzt wird; vielmehr ist neben der Vorwerfbarkeit des begangenen Tatenrechts auch der gesamte in der Tat verwirklichte Handlungs- und Gesinnungsunwert mit einzubeziehen. Im vorliegenden Fall fehlt es schon am Erfordernis einer nicht als schwer anzusehenden Schuld; weist doch die im § 207 Abs 1 StGB vorgesehene Strafdrohung darauf hin, dass der Gesetzgeber den Unwert des in Rede stehenden Verbrechens an sich hoch veranschlagt. [...]“

5.7. OGH 14.10.1997, 11 Os 107/97

Problembereich:

Voraussetzungen für Diversion im Jugendstrafrecht, schwere Schuld.

Ausgangssituation:

Die Angeklagte wurde des Verbrechens nach § 12 Abs 1 SGG und des Vergehens nach § 16 Abs 1 SGG schuldig erkannt. Sie hatte nicht nur bei drei Fahrten von Bratislava nach Wien insgesamt ca 38 g Heroin eingeführt, sondern seit November 1993 „regelmäßig“ Cannabisharz und seit ca Anfang November 1996 Heroin besessen. Die Angeklagte erhob Nichtigkeitsbeschwerde mit der Begründung, dass es zu keiner vorläufigen Verfahrenseinstellung nach § 9 JGG gekommen ist.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus der Begründung:

„[...] Zu den kumulativ geforderten Voraussetzungen einer vorläufigen Verfahrenseinstellung nach § 9 JGG zählt unter anderem, dass die Schuld des Täters nicht als schwer anzusehen ist. Ob dies zutrifft, ist nach Strafbemessungsgrundsätzen (§ 32 StGB) zu beurteilen, wobei schwere Schuld im Sinne der Gesetzesstelle keineswegs ein Überwiegen der Erschwerungsgründe voraussetzt. Schon an diesem Erfordernis einer nicht als schwer anzusehenden Schuld der jugendlichen Angeklagten fehlt es. Ausgehend vom hohen Tatenwert, den der Gesetzgeber einem derartigen Suchtgiftverbrechen durch die in § 12 Abs 1 SGG vorgesehene Strafdrohung erkennbar beimisst, lässt der in der Menge des eingeführten Heroins und in der Mitwirkung der beiden anderen abgesondert verfolgten Angeklagten zum Ausdruck

kommende soziale Störwert des Suchtgiftverbrechens aber auch der über drei Jahre hindurch betriebene Suchtgiftmissbrauch, die Annahme einer nicht als schwer einzustufenden Schuld nicht zu. [...]“

5.8. OGH 11.2.1999, 15 Os 190/98¹⁹⁹

Problembereich:

Voraussetzungen für Diversion im Jugendstrafrecht, schwere Schuld.

Ausgangssituation:

Verurteilung wegen Unzucht mit Unmündigen nach § 207 Abs 1 1. Fall StGB und der Vergehen pornographischer Darstellungen mit Unmündigen nach § 207a Abs 1 Z 2 StGB und § 207a Abs 3 StGB. Der Angeklagte erhob Nichtigkeitsbeschwerde mit der Begründung, dass das Erstgericht das Verfahren gem § 9 JGG vorläufig nicht eingestellt hat.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus der Begründung:

„[...] Gemäß § 9 Abs 1 JGG hat das Gericht das Strafverfahren wegen einer Jugendstraftat vorläufig einzustellen, wenn der Sachverhalt hinreichend geklärt erscheint, die Schuld nicht als schwer anzusehen und eine Bestrafung nicht geboten ist, um den Beschuldigten von strafbaren Handlungen abzuhalten. Sämtliche Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Im vorliegenden Fall fehlt es aber – entgegen der Beschwerde – jedenfalls an der nicht als schwer anzusehenden Schuld: Der Angeklagte hat das Verbrechen der Unzucht mit Unmündigen nach § 201 Abs 1 StGB mehrfach verwirklicht, indem er den zunächst sechs-, später siebenjährigen Sohn seiner Cousine in drei Angriffen missbraucht und dabei die Vertrauensstellung als Verwandter ausgenützt hat. Dazu kommt, dass er über einen längeren Zeitraum kinderpornographische Darstellungen nicht nur aus Datenbanken abgerufen, sondern diese in eigenen Dateien gespeichert, weiterverbreitet oder anderen angeboten hat. Die Zusammenschau dieser Komponenten ergibt eine beträchtliche negative Einstellung zu den rechtlich geschützten Werten im Sexualbereich und damit einen hohen, in der Tat verwirklichten Handlungs- und Gesinnungsunwert, der in die

¹⁹⁹ Veröffentlicht in JBI 2000, 534.

Beurteilung einbezogen werden muss. Im Zusammenhalt mit dem intensiven Täterwillen ist die persönliche Tatschuld insgesamt als schwer anzusehen.

Die Hinweise des Beschwerdeführers auf sein Geständnis und seine Bereitschaft, der fehlgegangenen Persönlichkeitsentwicklung mit therapeutischer Hilfe entgegenzuwirken, betreffen die Schuldeinsicht und Spezialprävention. Im Hinblick auf die Schwere der Schuld erlauben sie ebenso wenig ein Vorgehen nach § 9 JGG wie das Vorbringen zur Generalprävention (§ 14 JGG). [...]“

5.9. LGSt Wien 11.1.2001, 13a BI 615/00²⁰⁰

Problembereich:

Verkehrsdelikt; grobe Fahrlässigkeit, Generalprävention, schwere Schuld.

Ausgangssituation:

Das Strafverfahren gegen die Angeklagte wegen § 88 Abs 1, Abs 4, 1. Fall StGB wurde gem § 90g iVm § 90b StPO durch das Erstgericht eingestellt. Der Angeklagten wurde zur Last gelegt, als PKW-Lenkerin beim Linksabbiegen, nachdem sie zunächst einen entgegenkommenden Bus passieren ließ, den von links nach rechts am Schutzweg überquerenden Fußgänger übersehen und niedergestoßen zu haben, wodurch dieser schwere Verletzungen erlitt. Das Verschulden wertete das Erstgericht dabei als nicht schwer, weil sie weder bei Rotlicht in die mit Ampeln geregelte Kreuzung einbog noch mit erhöhter Geschwindigkeit gefahren sei; eine ungewöhnliche und auffallend sorglose Handlungsweise sei ihr somit nicht anzulasten. Die StA Wien brachte Beschwerde ein.

Entscheidung:

Das LGSt Wien hat der Beschwerde Folge gegeben, den angefochtenen Beschluss aufgehoben und dem BG Donaustadt die Durchführung des gesetzlichen Verfahrens aufgetragen.

Aus der Begründung:

„[...] Die Diversion setzt gem § 90a Abs 1 und 2 Z 2 StPO voraus, dass dem Beschuldigten keine schwere Schuld zur Last fällt und überdies keine Bedenken gegen die Anwendung diversioneller Maßnahmen aus Gründen der (General- und Spezial-) Prävention bestehen. Der Begriff der „nicht schweren Schuld“ liegt zwischen der

²⁰⁰ Veröffentlicht in ZVR 2001/79 mit Anmerkungen Schroll.

„geringen Schuld“ (§ 42 StGB) und der „schweren Schuld“ (§ 88 Abs 2 StGB). „Geringe Schuld“ verlangt ein erhebliches Zurückbleiben des tatbildmäßigen Verhaltens hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt (SSSt 47/55, ÖJZ 1986/82 (EvBl)); „schwere Schuld“ entspricht im Bereich der Fahrlässigkeit dem zivilrechtlichen Begriff der groben Fahrlässigkeit, und im Vorsatzbereich kommt es auf das Gewicht der Erschwerungsgründe (§ 32 StGB) in Abwägung mit den Milderungsgründen (§ 33 StGB) an. Schwer ist demnach eine Schuld, wenn die Fahrlässigkeit eine grobe ist und im Vorsatzbereich die Erschwerungs- und Milderungsgründe entweder in der Zahl oder dem Gewicht nach deutlich überwiegen. Die von § 90a StPO verlangte „nicht schwere Schuld“ ist weder so wenig gewichtig wie die geringe Schuld noch so gewichtig wie die „schwere Schuld“. Es wird daher auch von einem Strafbefreiungsgrund gesprochen.

Im vorliegenden Fall stellt die Sorglosigkeit der Angeklagten trotz Sichtbehinderung durch den entgegenkommenden Bus auf einen Schutzweg einzubiegen, eine grobe Fahrlässigkeit dar.

Außerdem spielen generalpräventive Überlegungen im Straßenverkehrsverhalten eine zentrale Rolle, besonders, wie im vorliegenden Fall, bei einer auffälligen Sorglosigkeit und einer der Besch somit anzulastenden Schuld an den schweren Verletzungen des Johann K. Vorliegendenfalls muss daher die Schuld der Gabriele E iSd § 90a Abs 2 Z 2 StPO als schwer angesehen werden. [...]“

5.10. LGSt Wien 18.1.2001, 13a BI 619/00²⁰¹

Problembereich:

General- und spezialpräventive Erfordernisse, schwere Schuld.

Ausgangssituation:

Verurteilung wegen des Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 StGB, da die Angeklagte trotz Rotlicht in die Kreuzung einfuhr, da sie irrtümlich durch das grüne Ampellicht der neben ihr befindlichen Rechtsabbieger verleitet wurde, sodass es zum Zusammenstoß mit dem Opfer kam, bei dem das Opfer eine Prellung am Brustkorb, am Bauch und an der rechten Wade erlitt, sohin eine leichte Körperverletzung mit Gesundheitsschädigung mit nicht mehr als dreitägiger Dauer. Die Angeklagte wurde zu einer bedingten Geldstrafe verurteilt. Die StA erhob Berufung wegen Strafe.

²⁰¹ Veröffentlicht in ZVR 2001/80 mit Anmerkungen Schroll.

Entscheidung:

Der Strafberufung der StA wird Folge gegeben.

Aus der Begründung:

„[...] Die Diversion setzt gemäß § 90a Abs 1 und 2 Z 2 StPO voraus, dass dem Beschuldigten keine schwere Schuld zur Last fällt und überdies keine Bedenken gegen die Anwendung diversioneller Maßnahmen aus Gründen der (General- oder Spezial-) Prävention bestehen. Der Begriff der „nicht schweren Schuld“ liegt zwischen der „geringen Schuld“ (§ 42 StGB) und der „schweren Schuld“ (§ 88 Abs 2 StGB). „Geringe Schuld“ verlangt ein erhebliches Zurückbleiben des tatbildmäßigen Verhaltens hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt (SSSt 47/55, ÖJZ 1986/82 (EvBl)); „schwere Schuld“ entspricht im Bereich der Fahrlässigkeit dem zivilrechtlichen Begriff der groben Fahrlässigkeit, und im Vorsatzbereich kommt es auf das Gewicht der Erschwerungsgründe (§§ 32, 33 StGB) in Abwägung mit den Milderungsgründen (§ 34 StGB) an. Schwer ist demnach eine Schuld, wenn die Fahrlässigkeit eine grobe ist und im Vorsatzbereich die Erschwerungs- und Milderungsgründe entweder in der Zahl oder dem Gewicht nach deutlich überwiegen. Die von § 90a Abs 2 Z 2 StPO verlangte „nicht schwere Schuld“ ist weder so wenig gewichtig wie die geringe Schuld noch so gewichtig wie die „schwere Schuld“. Es wird daher auch von einem Strafbefreiungsgrund gesprochen.

Im gegenständlichen Fall kann die Meinung des Erstgerichts nicht geteilt werden, dass hier keine generalpräventiven Überlegungen zu berücksichtigen sind. Das Berufungsgericht nimmt eine schwere Schuld an (§ 90a Abs 1 und 2 Z 2 StPO), da die Angeklagte keine Sichtbehinderung hatte und ihr eine auffallende Sorglosigkeit durch Einfahren bei Rot in eine dicht befahrene Kreuzung angelastet werden kann.

Besonders im Straßenverkehr ist auf Grund der potenziellen schweren Folgen auf dieser Kreuzung erhöhte Sorgfalt geboten. Einem sorgfältigen Autofahrer wäre eine solche Unachtsamkeit und auffallende Sorglosigkeit nicht passiert. Somit kommt eine Diversion auch aus generalpräventiven Überlegungen, denen im Straßenverkehr besonders Augenmerk geschenkt werden muss, nicht in Frage. [...]“

5.11. OGH 11.10.2000, 13 Os 111/00²⁰²

Problembereich:

Voraussetzungen für Diversion im Jugendstrafrecht, schwere Schuld.

²⁰² Veröffentlicht in RZ 2001/21; JBl 2001, 328; ÖJZ 2001/46.

Ausgangssituation:

Verurteilung eines Jugendlichen wegen des Verbrechens des schweren sexuellen Missbrauchs von Unmündigen nach § 206 Abs 1 1. Fall StGB sowie des sexuellen Missbrauchs von Unmündigen nach § 207 Abs 1 StGB. Der Angeklagte hat in zumindest vier Fällen den Beischlaf und geschlechtliche Handlungen an der Unmündigen vorgenommen, wobei die Alterstoleranzklausel um 17 Monate respektive um fünf Monate überschritten wurde. Er erhob Nichtigkeitsbeschwerde mit der Begründung, dass das Erstgericht nach dem IXa. Hauptstück hätte vorgehen müssen.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus der Begründung:

„[...] Zwar irrte das Erstgericht mehrfach, als es die Möglichkeit diversioneller Maßnahmen ausschloss, weil vorliegend die Zuständigkeit des Schöffengerichts gegeben sei und die Strafobergrenze 5 Jahre übersteige (s § 90a Abs 2 Z 2 StPO). Denn die vorliegenden Jugendstraftaten waren allesamt nicht mit mehr als 5 Jahren bedroht (s § 5 Z 4 JGG, Bachner-Foregger, JGG3 Anm I zu § 6, Jesionek JGG2 Anm 7 zu § 6 Abs 1); außerdem gibt es weder eine Strafobergrenze noch eine Zuständigkeitsbestimmung für das Gericht nach § 7 Abs 1 letzter Satz JGG. Diversionsmaßnahmen durch das Gericht gemäß § 7 Abs 1 JGG sind daher weder durch Strafdrohungen noch durch Zuständigkeitsbestimmungen beschränkt (s Jesionek aaO § 7 JGG Anm 13 lit b).

Jedoch ist zufolge der in der Strafprozessordnung erwähnten – nicht den Strafsatz oder die Verfahrensart und nicht die Prävention betreffenden – Voraussetzungen (§ 7 Abs 1 JGG nF) das Gericht nicht berechtigt, diversionelle Maßnahmen in jenen Fällen einzusetzen, in denen die Schuld als schwer anzusehen wäre (oder in denen die Tat den Tod eines Menschen zur Folge hatte; vgl JABI 1/2000 aaO).

Für den Begriff „schwere Schuld“ ist jener Schuldbegriff maßgebend, der in § 32 Abs 1 StGB als Grundlage für die Bemessung der Strafe vorausgesetzt wird (15 Os 105/90; JABI 1/2000 Punkt 1.3.1 achter Absatz), wobei bei der Prüfung dieser Frage stets nach Lage des konkreten Falles eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände vorzunehmen ist. Handlungs- und Gesinnungswert müssen insgesamt eine Unwerthöhe erreichen, die im Wege einer überprüfenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist (vgl Kienapfel Grundriss des österr. Strafrechts BT I⁴ RN 36 zu § 88 mwN).

Ob schwere Schuld vorliegt, ist nach Strafbemessungsgrundsätzen (§ 32 StGB) zu beurteilen, wobei hierfür keineswegs ein Überwiegen der Erschwerungsumstände vorausgesetzt wird (JBI 1992,197; 15 Os 13/92, 14 Os 14/94 ua).

Im vorliegenden Fall fehlt es jedoch am Erfordernis einer nicht als schwer anzusehenden Schuld. Einerseits weisen schon die Strafdrohungen der §§ 206 Abs 1 und 207 Abs 1 StGB darauf hin, dass der Gesetzgeber das Unrecht dieser Verbrechen an sich hoch veranschlagt hat (15 Os 3/97), was auch auf eine an sich große Schuld hinweist (Schroll in WK2 § 42 Rz18); andererseits kommt hier noch hinzu, dass der Angeklagte die sexuellen Missbrauchshandlungen wiederholt hat.

Demgegenüber kommt dem Umstand, dass er die gegenständlichen Straftaten in einem Fall erst etwa fünf und in den anderen (schweren) Fällen ca 17 Monate nach Ablauf der „Alterstoleranz“ gemäß §§ 206 Abs 4, 207 Abs 4 StGB beging und dadurch den persönlichen Strafausschließungsgrund verfehlte, keine wesentliche Bedeutung zu. [...]“

5.12. OLG Wien 11.12.2001, 20 Bs 401/01

Problembereich:

Schwere Schuld.

Ausgangssituation:

Der Angeklagte wird wegen § 209 StGB²⁰³ angeklagt, da er als Person männlichen Geschlechts nach Vollendung des 19. Lebensjahres mit Personen, die das 14., aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben, gleichgeschlechtliche Unzucht in vielfachen Angriffen getrieben habe. Nach Vernehmung des Angeklagten in der Hauptverhandlung wird diesem mitgeteilt, dass im Falle der Bezahlung einer Geldbuße von 20.000 S das Strafverfahren gem § 90c StPO gegen ihn eingestellt wird. Die Staatsanwaltschaft erhob Beschwerde.

Entscheidung:

Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Aus der Begründung:

„[...] Der Begriff der „nicht schweren Schuld“ liegt zwischen der „geringen Schuld“ (§ 42 StGB) und der „schweren Schuld“ (§ 88 StGB). Bei der Prüfung der Frage der schweren Schuld ist nach Lage des Falles eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts-

²⁰³ Aufgehoben durch BGBl I 2002/134.

und schuldrelevanten Tatumstände vorzunehmen. Handlungs- und Gesinnungsunwert müssen insgesamt eine Unwerthöhe erreichen, die im Wege einer übergreifenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist (vgl. Kienapfel, Grundriß des österreichischen Strafrechtes BT I⁴, RN 36 zu § 88 mwN). Der Handlungsunwert ist in concreto in Ansehung der Wiederholung der Tathandlungen über einen Zeitraum von rund sieben Jahren an mehreren Jugendlichen als überdurchschnittlich einzustufen. Zum auffallenden Gesinnungsunwert ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den jugendlichen Sexualpartnern des Angeklagten nach der Aktenlage um augenscheinlich labile, sozial nicht gefestigte Burschen gehandelt hat, die mehrfach mit der Polizei bzw. mit dem Gesetz in Konflikt geraten waren bzw. gerieten und aus schwierigen familiären (bzw. finanziellen) Verhältnissen stammten. Die großzügigen finanziellen Unterstützungen des O***** mit S 1.500 Taschengeld im Monat bzw. der Familie des D***** durch Nichteinhebung der Miete für deren Wohnung und die Gewährung gesicherter Unterkunft für beide Jugendliche legt den Schluss nahe, dass die über Initiative des Angeklagten an den Burschen vorgenommenen sexuellen Handlungen von diesen lediglich als Gegenleistung bzw. aus Dankbarkeit für die ihnen (bzw. ihrer Familie) gebotenen Annehmlichkeiten zugelassen, vorgenommen und erduldet wurden und nicht auf ihrer homosexuellen Neigung beruhten.

Dass der Angeklagte vor der Handanlegung bei O***** und D***** um Erlaubnis fragte und im Falle der anlehnenden Haltung der Burschen nicht insistierte, vermag die Schuldkomponente nicht zu minimieren, musste der Angeklagte doch ansonsten damit rechnen, die Jugendlichen als Sexualpartner zu verlieren. [...]"

„[...] Unter Bedachtnahme darauf, dass sich der Angeklagte seiner Einlassung zufolge nur zu jugendlichen, 14- , 15- jährigen männlichen Sexualpartnern hingezogen fühlt und er mit Erwachsenen diesbezüglich nichts anzufangen weiß, stehen massive spezialpräventive Erwägungen der Einleitung diversioneller Maßnahmen entgegen.

Dass der Angeklagte das Haftübel verspürt hat und eine Geldbuße in der Höhe von S 20.000 seine finanzielle Situation nicht unerheblich tangiert, vermag die präventiven Vorbehalte nicht zu zerstreuen, wobei gerade die Bezahlung eines Geldbetrages kein tauglicher Sanktionersatz im Sexualstrafrecht sein kann. Da nach der Aktenlage augenscheinlich finanzielle Abhängigkeiten bzw. Aspekte der Jugendlichen Grund für die Duldung bzw. die Vornahme sexueller Handlungen mit dem Angeklagten waren, ist die Abgeltung der Verletzung der Schutzbestimmung des § 209 StGB für männliche Personen in noch prägbarem Alter durch eine Geldbuße deplaziert und aus generalpräventiver Sicht in concreto abzulehnen. [...]"

5.13. OGH 25.4.2001, 13 Os 2/01²⁰⁴

Problembereich:

Diversion im Jugendstrafrecht, schwere Schuld.

Ausgangssituation:

Verurteilung des jugendlichen Angeklagten wegen des Verbrechens des Raubes nach § 142 Abs 2 StGB. Der Angeklagte nötigte dem Opfer eine geöffnete Packung Zigaretten und ein Feuerzeug geringen Wertes ohne Anwendung erheblicher Gewalt ab, indem er ihm einen Schlag gegen den Kopf und den Brustbereich versetzte, und ihn (konkulent) mit einer Körperverletzung bedrohte. Der Angeklagte erhob Nichtigkeitsbeschwerde.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus der Begründung:

„[...] Die schließlich unter dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 10a StPO reklamierte Anwendbarkeit diversioneller Maßnahmen nach dem IXa. Hauptstück der Strafprozessordnung scheitert an einer entgegen den Beschwerdeausführungen gegebenen schweren Schuld. Schon die von sechs Monaten bis zu fünf Jahren reichende, wenn auch für den jugendlichen Angeklagten gemäß § 5 Z 4 JGG mit höchstens zweieinhalb Jahren begrenzte Strafdrohung des § 142 Abs 2 StGB gibt einen ersten Anhaltspunkt für den vom Gesetzgeber im Vergleich zu anderen Delikten höher eingestuftem Unrechtsgehalt des angelasteten Deliktes. Ein hinzutretender deutlicher Gesinnungsunwert ergibt sich aus der Tatsache, dass der Beschwerdeführer – nach eigenen Angaben ohne wirtschaftliche Notwendigkeit – dem Opfer nicht nur Zigaretten, sondern in einem weiteren Angriff noch ein Feuerzeug mit unrechtmäßigem Bereicherungsvorsatz abnötigte, wobei er mit dem Hinweis auf zu erwartende weitere Beute Anlass zur Prolongierung der seitens des Erstangeklagten angewendeten Gewalt gab. Unter Abwägung aller schuldrelevanten Strafzumessungsfaktoren ist die Schuld des Beschwerdeführers als schwer einzustufen (vgl. EvBl 2001/46). Dazu kommt vorliegend die fehlende Schuldeinsicht des sein Verhalten unangebracht bagatellisierenden Beschwerdeführers. [...]“

²⁰⁴ Veröffentlicht in ÖJZ 2001/170.

5.14. OGH 10.1.2002, 15 Os 164/01²⁰⁵

Problembereich:

Schwere Schuld, General- und Spezialprävention.

Ausgangssituation:

Verurteilung des Zweitangeklagten als Beitragstäter gem § 12 dritter Fall StGB wegen des Vergehens des schweren Diebstahls nach §§ 127, 128 Abs 1 Z 2 StGB. Der Angeklagte hat zu Diebstählen aus Kirchenopferstöcken beigetragen, indem er den Erstangeklagten mit seinem PKW zu den jeweiligen Tatorten hin- und wieder wegchauffierte. Er erhob Nichtigkeitsbeschwerde.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus der Begründung:

„[...] Das auf den Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 10a StPO gestützte Vorbringen, im Hinblick auf die Unbescholtenheit des über 50-jährigen Angeklagten und die gänzliche Schadensgutmachung wäre bei ihm mit Diversion vorzugehen gewesen, scheitert schon an der essentiellen Voraussetzung des § 90a Abs 2 Z 2 iVm § 90b StPO. Danach sind diversionelle Maßnahmen ua nur dann zulässig, wenn die Schuld des Verdächtigen (Angeklagten) nicht als schwer anzusehen wäre. Für den Begriff „schwere Schuld“ ist jener Schuldbegriff maßgebend, der in § 32 Abs 1 StGB als Grundlage für die Bemessung der Strafe vorausgesetzt wird, wobei die Prüfung dieser Frage stets nach Lage des konkreten Falles eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände verlangt. Handlungs- und Gesinnungsunwert müssen insgesamt eine Unwerthöhe erreichen, die im Wege einer überprüfenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist. Ob schwere Schuld vorliegt, ist nach Strafbemessungsgrundsätzen (§ 32 StGB) zu beurteilen, wobei hiefür keineswegs ein Überwiegen der Erschwerungsgründe vorausgesetzt wird (13 Os 111/00 mit weiteren Judikatur- und Literaturhinweisen). In dem hier aktuellen Fall fehlt es jedoch nicht nur am Erfordernis einer nicht als schwer anzusehenden Schuld, sondern sprechen auch Rücksichten der General- und Spezialprävention dagegen.

Aus dieser Sicht treten die von der Beschwerde ins Treffen geführten Umstände erheblich hinter die Tatsache zurück, dass der Angeklagte trotz gesicherter sozialer

²⁰⁵ Veröffentlicht in ÖJZ 2002/90.

Lage (er und seine Gattin beziehen ein regelmäßiges Monatseinkommen, gemeinsame Sorgspflicht für ein Kind) verabredungsgemäß allein zu dem Zweck von Ungarn in den Westen Österreichs gefahren ist, um seinem Komplizen (nach dem Muster seines wegen gleicher Straftaten abgeurteilten Vaters) die gewerbsmäßige Verübung von Opferstöcken in Kirchen durch Transportleistungen zu ermöglichen. [...]“

5.15. OGH 7.3.2002, 15 Os 1/02²⁰⁶

Problembereich:

Schuldeinsicht des Beschuldigten als Voraussetzung für eine Diversion.

Ausgangssituation:

Verurteilung des jugendlichen Angeklagten wegen des Verbrechens des versuchten Raubes nach §§ 15, 142 Abs 1 StGB, des Vergehens der Körperverletzung nach § 83 Abs 1 StGB und des Vergehens der gefährlichen Drohung nach § 107 Abs 1 StGB. Der Angeklagte verletzte als Mittäter im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem Erstangeklagten das Opfer durch gewaltsames zu Bodenreißen, Festhalten sowie durch Versetzen von Schlägen und Fußtritten, was Abschürfungen und Hämatome am Körper zur Folge hatte und er bedrohte ein weiteres Opfer durch die Äußerung, er werde es umbringen (keine ernstgemeinte Todesdrohung, sondern Drohung mit Körperverletzung) gefährlich, um ihn in Furcht und Unruhe zu versetzen. Der Angeklagte erhob Nichtigkeitsbeschwerde.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus der Begründung:

„[...] Davon abgesehen, sprechen auch spezialpräventive Gründe (vgl § 90a Abs 1 Z 4 iVm § 90b und 90g StPO) gegen ein Vorgehen des Gerichtes nach dem IXa. Hauptstück der StPO. Die Möglichkeit einer Diversion hängt nämlich von der Haltung des Beschuldigten ab und setzt Schuldeinsicht, demnach seine Bereitschaft voraus, Verantwortung für das ihm zur Last gelegte Tatgeschehen zu übernehmen (vgl Miklau/Schroll, Diversion, 33 f; Schroll in WK2 Nachbem zu § 42 Rz 32). In dem hier aktuellen Fall hat der Beschwerdeführer aber bis zuletzt seine Täterschaft zur Körperverletzung überhaupt geleugnet und zur gefährlichen Drohung die Ernsthaftigkeit seiner Drohung bestritten, sodass eine urteilsmäßige Beendigung des

²⁰⁶ Veröffentlicht in ÖJZ 2002/153; RZ 2003, 275 mit Anmerkungen *Hochmayr*.

Strafverfahrens geboten ist, um ihn künftighin von strafbaren Handlungen abzuhalten. In Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur war daher die Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen. [...]“

5.16. OGH 7.5.2002, 14 Os 38/02

Problembereich:

Schwere Schuld, hoher Handlungs- und Gesinnungsunwert.

Ausgangssituation:

Das Verfahren gegen den Angeklagten, der wegen des Vergehens des versuchten schweren Betruges nach §§ 15, 146, 147 Abs 2 StGB angeklagt war, wurde bei Zahlung eines Geldbetrages gem § 90c StPO eingestellt. Die Generalprokuratur erhob Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes.

Entscheidung:

Die Beschlüsse des Richters des LG Klagenfurt verletzten das Gesetz in den gem § 90b StPO sinngemäß anzuwendenden Bestimmungen des § 90a Abs 1 und Abs 2 Z 2 StPO.

Aus der Begründung:

„[...] Ein Vorgehen nach dem IXa. Hauptstück der StPO setzt gemäß dem (laut § 90b StPO vom Gericht sinngemäß anzuwendenden) § 90a StPO neben dem hinreichend geklärten Sachverhalt und dem Fehlen spezial- und generalpräventiver Erforderlichkeit der Bestrafung unter anderem voraus, dass die Schuld des Verdächtigen nicht als schwer anzusehen wäre (§ 90a Abs 2 Z 2 StPO).

Für den Begriff „schwere Schuld“ ist jener Schuldbegriff maßgebend, der in §§ 32 ff StGB als Grundlage für die Bemessung der Strafe dient (Schroll in WK2 Nachbem zu § 42 Rz 17), wobei stets nach Lage des konkreten Falles eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände vorzunehmen ist. Erreichen Handlungs- und Gesinnungsunwert insgesamt eine Unwerthöhe, die im Wege einer überprüfenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist, ist vom Vorliegen schwerer Schuld auszugehen, wobei hiefür keineswegs ein Überwiegen der Erschwerungsumstände vorausgesetzt wird (13 Os 111/00, 15 Os 164/01, Schroll aaO Rz 21).

Im vorliegenden Fall fehlt es beim gegebenen Tatverdacht bereits am Erfordernis einer als nicht schwer anzusehenden Schuld: Beim – von der Staatsanwaltschaft angenommenen – Versuch eines schweren Betruges (mit einer Wertgrenze des § 147

Abs 2 StGB eklatant übersteigenden Schaden), der unter Bruch der besonderen Vertrauensstellung begangen wurde, die einem Rechtsanwalt (auch) als für das Strafverfahren bevollmächtigtem Verteidiger zukommt, kann keinesfalls mehr von bloß durchschnittlichem Handlungs- und Gesinnungsunwert bei der im Strafantrag inkriminierten Tat gesprochen werden.

Unter Abwägung der schuldrelevanten Strafzumessungsfaktoren wäre somit – von der bisherigen Aktenlage ausgehend – die Schuld des Verdächtigen als schwer einzustufen. [...]“

5.17. OGH 1.10.2002, 11 Os 81/02²⁰⁷

Problemereich:

Verhältnis zw §§ 90a StPO (bzw §§198 ff StPO) und § 35 Abs 1 SMG, schwere Schuld, Generalprävention.

Ausgangssituation:

Die Angeklagte wurde als Beitragstäterin des Verbrechens nach § 12 dritter Fall StGB iVm § 28 Abs 2 vierter Fall SMG und der Vergehen nach § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG schuldig erkannt, weil sie ihre Wohnung zur Verwahrung und Portionierung des für den Verkauf bestimmten Suchtgiftes zur Verfügung stellte. Sie erhob Nichtigkeitsbeschwerde.

Entscheidung:

Das Urteil wird aufgehoben und die Strafsache zu neuerlicher Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Aus der Begründung:

„[...] Gegen die Verneinung der Diversionsvoraussetzungen (§ 7 Abs 1 JGG, §§ 90a ff StPO) durch das Schöffengericht richtet sich die auf § 182 Abs 1 Z 10a StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde der Angeklagten. Aus deren Anlass konnte sich der Oberste Gerichtshof zunächst davon überzeugen, dass dem Schuldspruch laut Punkt I eine von der Beschwerdeführerin nicht relativierte Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 StPO zugunsten der Angeklagten von Amt wegen wahrzunehmen ist.

Das Erstgericht traf zu diesem Schuldspruch nur folgende Feststellungen:

Im Frühjahr 2001 trug die Angeklagte in Götzis dazu bei, dass der abgesondert verfolgte David S***** insgesamt 500 Gramm Marihuana durch Verkäufe und

²⁰⁷ Veröffentlicht in JBI 2003, 882.

unentgeltliche Übergaben an verschiedene Drogenkonsumenten in Verkehr setzen konnte. Dies geschah dadurch, dass sie ihre Wohnung dem David S***** für die Verwahrung und auch die Portionierung des für den Verkauf bestimmten Suchtgiftes zur Verfügung stellte. Eine Konstantierung, wonach David S***** tatsächlich Suchtgift in (insgesamt) zumindest die Grenzmenge von 20 Gramm THC erreichender Quantität weitergab und die Angeklagte ein solches Verhalten förderte, traf das Erstgericht demnach (entsprechend den dem Urteil zugrunde gelegten, die Annahme des Verkaufs einer insgesamt großen Suchtgiftmenge auch keineswegs ermöglichenden Angaben der Julia E***** beim Gendarmerieposten Götzis) nicht. Die undeutliche Feststellung, dass S***** die bezeichnete Menge Marihuana auf Grund des Verhaltens des Angeklagten (bloß) in Verkehr setzen konnte, vermag den Schuldspruch wegen Beitrags zum Inverkehrsetzen einer großen Suchtgiftmenge (§ 28 Abs 2 vierter Fall SMG, § 12 dritter Fall StGB) und die damit nach Lage des Falles verbundene rechtliche Annahme der Verdrängung des (geringen strafbedrohten) Deliktes nach § 28 Abs 1 SMG nicht zu tragen (§ 15 Abs 2 StGB; Fabrizio in WK2 § 12 Rz 108-110; Hager/Massauer in WK2 §§ 15, 16 Rz 13).

Dieser Mangel zwingt zur Urteilsaufhebung im Schuldspruch zu I und insoweit zur Anordnung der Verfahrenserneuerung.

Im zweiten Rechtsgang wird sich das Erstgericht zur Gewinnung einer die abschließende rechtliche Beurteilung ermöglichenden Tatsachengrundlage mit den Beweisergebnissen (darunter, soweit je nach Verfahrenskonstellation im Hinblick auf § 152 Abs 1 Z 1 und § 252 StPO zulässig, auch mit den Angaben des David S*****) näher zu befassen haben. In rechtlicher Hinsicht wird der Abgrenzung der Delikte nach § 28 Abs 1 SMG einerseits und § 28 Abs 2 vierter Fall SMG andererseits und für den Fall der Bejahung einer Strafbarkeit nach § 28 Abs 1 SMG der Möglichkeit echter Konkurrenz dieses Deliktes mit jenem nach § 27 Abs 1 sechster Fall SMG (vgl 15 Os 58/00) besonders Augenmerk zu widmen sein. Diesfalls wird auch jenen generalpräventiven Aspekten (vom Erstgericht behauptete aktuelle Entwicklungen im Bereich einschlägiger Jugendkriminalität), welche als besondere Gründe (§ 7 Abs 1 JGG) unter dem Schuldspruch laut Punkt I zugrunde liegenden Annahme, dass die Angeklagte zum Inverkehrsetzen einer großen Suchtgiftmenge beitrug, die Anwendung diversioneller Maßnahmen nach § 90a StPO noch hindern konnten, geringere Bedeutung zuzuerkennen sein. Denn „schwere Schuld“ steht einem diversionellen Vorgehen in Ansehung dieser Tat bei der besonderen Fallgestaltung (Gestatten der Aufbewahrung und Portionierung von Marihuana in der Wohnung der jugendlichen Angeklagten ohne ersichtliches Gewinnstreben) der Ansicht des Erstgerichtes zuwider nicht entgegen. Für diesen Begriff ist jener Schuldbegriff maßgebend, der in §§ 32 ff

StGB als Grundlage für die Bemessung der Strafe dient, wobei stets nach Lage des konkreten Falles eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände vorzunehmen ist. Erst wenn – wofür der gegebene Fall keine Anhaltspunkte bietet – Handlungs- und Gesinnungsunwert insgesamt eine Unwerthöhe erreichen, die im Weg einer überprüfbaren Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist, ist vom Vorliegen schwerer Schuld auszugehen (14 Os 38,39/02).

Soweit sich die Beschwerdeausführungen auf die unter Punkt II des Schuldspruchs angeführten Taten beziehen, ist ihnen grundsätzlich zuzustimmen, wobei eine getrennte Beurteilung der unter I und II erfassten Tatvorwürfe möglich ist. Denn bei Realkonkurrenz ist – was dabei von Bedeutung ist – denkbar, dass die Diversionsvoraussetzungen hinsichtlich einzelner Taten vorliegen, hinsichtlich anderer aber nicht, sodass nur in Bezug auf erstere eine diversionelle Maßnahme zu setzen ist (vgl. die Berücksichtigung einer solchen Möglichkeit in § 90h Abs 3 StPO [auch] in Hinsicht auf § 90h Abs 2 Z 3 StPO).

Spezialpräventiv ist eine Bestrafung wegen der in Rede stehenden Taten schon im Hinblick auf den Verfahrensablauf bis zur Hauptverhandlung nicht erforderlich (§ 90a Abs 1 letzter Halbsatz StPO). Besondere Gründe, aus denen in Bezug auf diese Taten der Ausspruch einer Strafe in generalpräventiver Hinsicht unerlässlich erschiene (§ 7 Abs 1 JGG), ergeben sich selbst aus den angeführten erstrichterlichen Erwägungen nicht. Beim festgestellten, im Urteilspruch unter Punkt II zusammengefassten Sachverhalt ist die Schuld der Angeklagten in der dargelegten Bedeutung auch nicht als schwer anzusehen. Daher vermögen die Urteilsfeststellungen die Nichtanwendung der Diversion in Ansehung der genannten Daten nicht zu tragen (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 659).

Allerdings kommt hier auch eine – ihrer Art nach ebenfalls diversionelle – Erledigung nach § 35 iVm § 37 SMG in Betracht, welche sich für die Angeklagte günstiger auswirken könnte als eine Intervention nach § 90a StPO. Wird nämlich eine Person angezeigt, weil sie – wie hier zu II indiziert – den bestehenden Vorschriften zuwider eine geringe Menge Suchtmittel zum eigenen Gebrauch erworben und besessen hat (wobei eine Zusammenrechnung der zu verschiedenen Zeiten zum eigenen Gebrauch erworben und besessenen geringen Suchtmittelmengen nicht stattfindet: vgl. 13 Os 106/94), so hat die Staatsanwaltschaft unter den in § 35 Abs 3 ff SMG genannten Voraussetzungen und Bedingungen die Anzeige für eine Probezeit von zwei Jahren vorläufig zurückzulegen. Erforderlich sind darnach eine Auskunft der Suchtmittelüberwachungsstelle über allfällige Vormerkungen nach § 25 SMG (§ 35 Abs 3 Z 1 SMG), ferner, sofern nicht wegen Geringfügigkeit davon Abstand genommen

werden kann (§ 35 Abs 4 SMG) eine nach medizinischer Begutachtung abzugebende (§ 35 Abs 5 SMG) Stellungnahme der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde über die Notwendigkeit einer gesundheitsbezogenen Maßnahme, hängt die Anzeigezurücklegung von der Bereitschaft des Angezeigten (und gegebenenfalls seines gesetzlichen Vertreters) ab, sich dieser Maßnahme zu unterziehen (§ 35 Abs 6 SMG). Gleiches gilt für eine als zweckmäßig gehaltene Betreuung durch den Bewährungshelfer (§ 35 Abs 7 SMG).

Anders als in § 90a Abs 2 Z 2 StPO ist die – im Falle des Abs 1 obligatorische – vorläufige Zurücklegung der Anzeige jedoch vom Grad der Schuld abhängig. Auch general- oder spezialpräventive Schranken – außer den obgenannten, die allein auf eine Suchtmittelgewöhnung des Angezeigten abstellen –, stehen im Gegensatz zu § 90a Abs 1 Z 4 StPO der Anwendung der Bestimmung des § 35 Abs 1 SMG nicht entgegen. Gemäß § 37 SMG gelten die §§ 35 und 36 dem Sinne nach für eine vorläufige Einstellung des Strafverfahrens durch das Gericht, das zudem die Einstellung auch davon abhängig machen kann, dass sich der Beschuldigte bereit erklärt, bestimmten (anderen) Weisungen (§ 51 StGB) nachzukommen.

Verglichen mit den Möglichkeiten des § 90a StPO iVm § 7 Abs 1 JGG, die neben einer maximal zweijährigen Probezeit wahlweise eine Geldbuße, einen außergerichtlichen Tauschgleich und gemeinnützige Leistungen, jeweils unter gleichzeitig möglicher Festsetzung von Auflagen umfassen, ist daher § 35 Abs 1 SMG in seiner Gesamtheit die für den Betroffenen günstigere Norm.

Ihre Nichtberücksichtigung begründet Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO (zur Ablehnung der Einstufung als bedingt temporärer sachlicher Strafausschließungsgrund vgl Burgstaller, JBl 2000, 606) und führt, weil die Urteilskonstatierungen mangels konkreter Feststellungen zur jeweiligen Suchtgiftmenge sowie wegen Fehlens der vorgesehenen Stellungnahmen eine sofortige Entscheidung nicht zulassen, der Nichtigkeitsgrund zudem nicht geltend gemacht wurde, zu dessen amtswegiger Wahrnehmung und damit zur Aufhebung des davon betroffenen Schuldspruches II: Diesbezüglich wird das Erstgericht daher die materiellen und formellen Voraussetzungen des § 35 SMG zu prüfen, eventualiter aber nach dem Hauptstück IXa der StPO vorzugehen haben. [...]"

5.18. OGH 28.11.2002, 15 Os 110/02²⁰⁸

Problembereich:

Schwere Schuld, hoher Handlungs- und Gesinnungsunwert.

²⁰⁸ Veröffentlicht in ÖJZ 2003/85.

Ausgangssituation:

Der Angeklagte wurde der Vergehen nach § 27 Abs 1 1. und 2. Fall SMG und der Körperverletzung nach § 83 Abs 1 StGB schuldig erkannt, da er Suchtgift (Kokain) in der Größenordnung von zumindest 10 Gramm und maximal 200 bis 300 Gramm erworben und besessen hat und das Opfer vorsätzlich am Körper verletzt hat, indem er diesem Faustschläge ins Gesicht versetzte, wodurch dieser Prellungen im Bereich des Kopfes und des linken Unterkiefers sowie eine Zahnverletzung erlitt. Der Angeklagte erhob Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung gegen das Urteil des LG für Strafsachen als Schöffengericht.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen. Der Berufung und der Beschwerde wird nicht Folge gegeben.

Aus der Begründung:

„[...] Die Diversionsrüge zum Faktum I./2./ behauptet, die Tatschuld sei als nicht schwer anzusehen. Für deren Beurteilung iSd § 90a Abs 2 Z 2 StPO ist der in § 32 Abs 1 StGB als Grundlage für die Bemessung der Strafe vorausgesetzte Schuldbegriff maßgebend, wobei die Beurteilung stets nach Lage des konkreten Falls eine ganzheitliche Abwägung aller Unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände verlangt. Handlungsunwert und Gesinnungsunwert müssen insgesamt eine Unwerthöhe erreichen, die im Weg einer überprüfbaren Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist. Ob schwere Schuld vorliegt, ist dabei nach Strafbemessungsgrundsätzen (§ 32 StGB) zu entscheiden.

Diesen Bemessungskriterien entsprechend haben die Tatrichter die Schuld des dreimal einschlägig vorbestraften Angeklagten mit Blick auf das Versetzen von mehreren Faustschlägen ins Gesicht des Tatopfers zutreffend als schwer eingestuft. [...]“

5.19. OGH 29.1.2003, 13 Os 7,8/03²⁰⁹

Problembereich:

Keine schwere Schuld, Diversion bei Verkehrsunfällen.

²⁰⁹ Veröffentlicht in JBI 2004, 597.

Ausgangssituation:

Der Angeklagte wurde des Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 und Abs 4 1. Fall StGB schuldig erkannt, da er als Lenker eines PKW beim Einfahren in die Kreuzung Stadionallee/Praterhauptallee einen Läufer aufgrund von mangelnder Aufmerksamkeit zu spät bemerkte und er dadurch am Körper an sich schwer verletzte, wobei das Opfer eine Schädelprellung, eine zweifache Rissquetschwunde am Stirnbein, eine Prellung und Abschürfung beider Kniegelenke, Abschürfungen des Sprunggelenkes rechts sowie einen Bruch des Endgliedes der zweiten Zehe links erlitt. Das LG für Strafsachen Wien gab der Strafberufung der Staatsanwaltschaft Folge und schaltete die vom Erstgericht gewährte bedingte Strafnachsicht aus. Das Erstgericht berücksichtigte nicht die mögliche diversionelle Erledigung und das Landesgericht kam zu dem Schluss, dass angesichts schwerer Schuld des Angeklagten und aufgrund generalpräventiver Erwägungen ein diversionelles Vorgehen ausscheidet. Die Generalprokuratur erhob Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes und führte folgendes aus:

„[...] Ein Vorgehen nach dem IXa. Hauptstück der StPO setzt neben einem hinreichend geklärten Sachverhalt und dem Fehlen (der) spezial- und generalpräventiver Notwendigkeit der Bestrafung (§ 90a Abs 1 Z 4 StPO) unter anderem eine nicht als schwer anzusehende Schuld des Verdächtigen voraus (Abs 2 Z 2 leg.cit.).

Bei der Bewertung des Grades der Schuld als „schwer“ ist von jenem Schuldbegriff auszugehen, der nach §§ 32 ff StGB die Grundlage für die Strafbemessung bildet, wobei stets nach Lage des konkreten Falles eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände vorzunehmen ist. Demnach müssen sowohl das Handlungs- als auch das Gesinnungsunrecht insgesamt eine Unwerthöhe erreichen, die im Wege einer überprüfenden Gesamtwertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist, wobei hierfür aber keineswegs ein Überwiegen der Erschwerungsumstände vorausgesetzt wird. Dabei kommt auch der vom Gesetzgeber in der Strafdrohung zum Ausdruck gebrachten Vorbewertung des deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehaltes eine Indizwirkung für die Schuldabwägung zu (Schroll in WK2, Nachbarn zu § 42 StGB Rz 21f und 27; ferner 13 Os 111/00, 15 Os 164/01 und 14 Os 38,39/02).

Den Gradmesser der Schuld bilden demnach vorrangig das deliktsspezifische Handlungsunrecht, die als Gesinnungsunwert bezeichnete eigentliche Tatschuld sowie alle (für die Bestimmung der Strafe) sonst noch bedeutsamen Umstände im Sinne der §§ 32 ff StGB, soweit sie nicht als Konsequenz eines tatzeitbezogenen Schuldverhältnisses bei der bezüglichen Gewichtung außer Betracht bleiben. Anders als nach § 42 Z 1 StGB und im Falle des § 88 Abs 2 StGB ist nach § 90a Abs 2 Z 2

StPO auch die Intensität der deliktsspezifischen Rechtsgutbeeinträchtigung, dh der zurechenbare Erfolg, im Rahmen der Schuldfrage zu prüfen. Bezieht sich das Handlungsunrecht auf einen erheblich deliktischen Erfolg, so führt dies freilich nicht zwangsläufig zur Annahme einer insgesamt schwerwiegenden Schuld, da insbesondere bei Fahrlässigkeitsdelikten eine geringfügige objektive Sorgfaltswidrigkeit im Zusammenhang mit einem zurechnenden erheblichen Erfolgsunrecht noch ein durchschnittliches Verschulden zu begründen vermag (vgl Schroll, aaO, Rz 17 und 20; Schütz in Miklau/Schroll „Diversion – Ein anderer Umgang mit Straftaten“, S 23 ff).

Das Schuldgewicht fahrlässigen Verhaltens wird auch vom Erkennbarkeitsgrad der Gefahr eines Schadenseintrittes bestimmt. Je wahrscheinlicher die Rechtsgutsverletzung wird, umso schwerer wiegt die Schuld. Dem erkennbaren Gefährlichkeitsgrad des Verhaltens kommt damit maßgebliche Bedeutung zu (14 Os 89/89, 15 Os 92/94).

Im vorliegenden Fall ist dem Fahrzeuglenker objektive Sorgfaltswidrigkeit anzulasten, weil er im Kreuzungsbereich nicht die erforderliche besondere Aufmerksamkeit an den Tag gelegt hat.

Erhöhte Sorgfaltsanforderungen, wie etwa nach § 9 Abs 2 StVO gegenüber Verkehrsteilnehmern auf einem Schutzweg, trafen den Beschuldigten dagegen nicht, hat doch der Verletzte – entgegen der für Fußgänger geltenden Verhaltensvorschrift des § 76 Abs 6 StVO – die Fahrbahn nicht unerheblich abseits des vorhandenen Schutzweges überquert. Dazu kommt noch, dass der Fußgänger infolge seiner dunklen Bekleidung nur einen geringen Auffälligkeitswert besaß und durch sein schnelles Einlaufen in den Kreuzungsbereich auch gegen das Behinderungsgebot des § 76 Abs 5 StVO verstieß. Insgesamt gesehen trifft den Fußgänger Roland F***** wegen seines für den vorliegenden Unfall mitursächlichen Verhaltens somit ein nicht unerhebliches Mitverschulden.

Demgemäß hat das Sorgfaltsdefizit des Angeklagten noch nicht jenes Ausmaß erreicht, das als auffallende Sorglosigkeit, verbunden mit einer hohen Unfallswahrscheinlichkeit, zu beurteilen wäre. Fuhr er doch bei einer an sich erlaubten Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h mit bloß 30 bis 40 km/h in die Kreuzung ein. [...]“

Entscheidung:

Die Urteile des Bezirksgerichtes und des Landesgerichtes werden aufgehoben und die Sache wird an das Bezirksgericht mit dem Auftrag verwiesen, nach den Bestimmungen des IXa. Hauptstücks der StPO vorzugehen.

Aus der Begründung:

„[...] Ausgehend von den Feststellungen des Bezirksgerichtes Donaustadt vertritt der Oberste Gerichtshof in Übereinstimmung mit der vom Generalprokurator in seiner Wahrung des Gesetzes erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde dargelegten Rechtsauffassung die Ansicht, dass die Schuld des Angeklagten nicht als schwer zu bewerten ist (zum Begriff der „schweren Schuld“ iS des § 90a Abs 2 Z 2 StPO vgl nochmals Schroll in WK2 Nachbem zu § 42 Rz 17 ff, sowie weiters 13 Os 2/01, 15 Os 110/02), weil den Verletzten, welcher – dunkel gekleidet kaum auszumachen – in schneller Bewegung abseits eines nahe gelegenen Schutzweges die Fahrbahn zu queren suchte, ein schwerwiegendes Mitverschulden am Unfall trifft, wogegen Mag. O***** sich der Unfallstelle mit „reduzierter Geschwindigkeit von 30 bis 40 km/h“ näherte. [...]“

5.20. OGH 27.3.2003, 12 Os 18/03²¹⁰

Problembereich:

Schwere Schuld.

Ausgangssituation:

Der Angeklagte, ein Rechtsanwalt, wurde nach §§ 15, 105 Abs 1 StGB verurteilt, da er am Beginn einer Bauverhandlung versucht hatte, eine Anrainerin dadurch einzuschüchtern, dass er ihr mehrere Anzeigen angedroht hatte, darunter unter anderem wegen des Verdachts des Verbrechens des Amtsmissbrauchs. Der Angeklagte stellte darauf den Antrag, das Verfahren mittels Diversion abzuhandeln und ersuchte um Festsetzung eines seinem Einkommen und seinen Sorgepflichten entsprechenden Geldbetrages. Der Staatsanwalt stimmte der Diversion zu und der Einzelrichter stellte das Verfahren gem § 90c Abs 5 iVm § 90b StPO ein. Die Generalprokuratur erhob Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes.

Entscheidung:

Der Beschluss des Einzelrichters verletzt das Gesetz in der gem § 90b StPO sinngemäß anzuwendenden Bestimmung des § 90a Abs 1 und Abs 2 Z 2 StPO.

²¹⁰ Veröffentlicht in JSt 2003/32.

Aus der Begründung:

„[...] Der Beschluss des Landesgerichtes Klagenfurt vom 7. Oktober 2002 steht – wie der Generalprokuratur in seiner deshalb zur Wahrung des Gesetzes erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zutreffend ausführt – mit dem Gesetz nicht im Einklang:

Die Anwendung des IXa. Hauptstücks der StPO (Diversion) setzt gemäß §§ 90a, 90b StPO neben einem hinreichend geklärten Sachverhalt voraus, dass eine Bestrafung aus spezial- und generalpräventiven Gründen nicht geboten erscheint und dass die Schuld des Verdächtigen nicht als schwer anzusehen wäre (§ 90a Abs 2 Z 2 StPO).

Das Korrektiv einer schweren Schuld im Sinne dieser Gesetzesstelle orientiert sich an jenem Schuldbegriff, der in den §§ 32 ff StGB als Grundlage für die Bemessung der Strafe dient (vgl Schroll in WK² Nachbemerkenungen zu § 42 Rz 17), wobei stets nach Lage des konkreten Falles eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände vorzunehmen ist. Erreichen Handlungs- und Erfolgsunrecht sowie der Gesinnungsunwert insgesamt ein Ausmaß, welches im Wege einer überprüfenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist, liegt ein schweres Verschulden vor, wobei hiefür keineswegs ein Überwiegen der Erschwerungsumstände vorausgesetzt wird (14 Os 38, 39/02 mwN; Schroll aaO Nachbemerkenungen zu § 42 Rz 21).

Im vorliegenden Fall manifestiert die Einschüchterung der am Baurechtsverfahren beteiligten Nachbarin durch die Androhung mehrerer Anzeigen, insbesondere jener wegen des (angesichts der vorgeworfenen mehrfachen privaten Nutzung eines Faxgeräts ihres Dienstgebers nicht haltbaren – vgl SSt 47/83) Verdachts des Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt, um Heide C***** solcherart zur Unterlassung von Einwendungen zu nötigen, ein erhebliches Handlungsunrecht des seinerzeitigen Beschuldigten. Diese von Dr. Günther F***** unter Missbrauch seiner Stellung als Rechtsanwalt, der im Hinblick auf sein rechtliches Fachwissen, verbunden mit der Verpflichtung, die Gesetze unverbrüchlich zu beobachten und übernommene Vertretungen dem Gesetz gemäß zu führen (§§ 7, 9 Abs 1 RAO), eine besondere, noch dazu gefestigte Standesauffassung angestrebte Vertrauensstellung in der Öffentlichkeit genießt und unter eklatanter, weil selbst vor strafgesetzwidrigen Handlungen nicht zurückschauender Missachtung seiner Berufs- und Standespflichten (§ 9 Abs 1 RAO; § 2 RL_BA) gewählte Vorgangsweise signalisiert darüber hinaus einen deutlich überdurchschnittlichen Gesinnungsunwert. Selbst unter mildernder Berücksichtigung allfälliger disziplinarrechtlicher Folgen dieser Tat (§ 34 Abs 1 Z 19 StGB; vgl RV StRÄG 1996 33 BlgNR XX.GP, 36) wäre somit unter Abwägung aller

schuldrelevanten Strafzumessungsfaktoren – von der aktuellen Aktenlage ausgehend – die Schuld des Verdächtigten als schwer einzustufen.

Im Übrigen widerspricht fallbezogen eine diversionelle Erledigung des Strafverfahrens auch generalpräventiven Erfordernissen (§ 90a Abs 1 StPO). Der Stand der Rechtsanwälte genießt in der Bevölkerung ein hohes Maß an Vertrauen und Wertschätzung. Versucht ein Rechtsanwalt dieses Vertrauen, insbesondere in die Normtreue seines Verhaltens, auf die in Rede stehende Weise, wenn auch im Interesse seines Auftraggebers, auszunutzen oder zu missbrauchen, bedarf es einer – auf diversionellem Weg nicht ausreichend erzielbaren – in generalpräventiver Hinsicht entsprechend wirksamen Reaktion. Das vor der diversionellen Erledigung des Strafverfahrens geführte Disziplinarverfahren vermag auch unter Berücksichtigung der damit einhergehenden Normverdeutlichung den Belangen der Generalprävention schon deshalb nicht gerecht zu werden, weil dessen Ergebnis – mit Ausnahme der im konkreten Fall nicht Platz greifenden Streichung von der Liste oder die Untersagung der Ausübung der Rechtsanwaltschaft – öffentlich nicht bekannt gemacht werden darf (§ 79 DSt 1990; vgl 15 Os 128, 129/98).

Weil die aufgezeigte, schon im Hinblick auf den Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 10a StPO – entgegen dem Vorbringen des seinerzeitigen Beschuldigten in seiner Äußerung zur Nichtigkeitsbeschwerde – nicht bloß eine Ermessensfrage betreffende Vorgangsweise des Landesgerichts Klagenfurt eine im Verfahren nach § 33 Abs 2 StPO wahrzunehmende Gesetzesverletzung bewirkte, die dem Beschuldigten zum Vorteil gereichte, hat ihre Feststellung ohne konkrete Wirkung zu bleiben. [...]“

5.21. OGH 12.6.2003, 15 Os 68/03, 69/02²¹¹

Problembereich:

Diversion im Jugendstrafrecht, § 4 Abs 2 Z 2 JGG.

Ausgangssituation:

Die beiden Angeklagten wurden wegen des Vorwurfes des Vergehens der fahrlässigen Tötung nach § 80 StGB vom LG nach erfolgter Berufung der Staatsanwaltschaft schuldig gesprochen. Dem Zweitangeklagten wurde zur Last gelegt, dass er trotz des Verbotes anstatt der Rodelbahn die Schipiste befuhr, „aufgrund der Fahrweise sowie der örtlichen Gegebenheiten“ die Herrschaft über die Rodel verlor und gegen eine in einer Rechtskurve befindliche Absperrung stieß, wodurch das Opfer, die als Beifahrerin

²¹¹ Veröffentlicht in JSt 2004/1; ÖJZ 2003/174; ZVR 2004/110.

auf der Rodel saß, eine tödliche Kopfverletzung erlitt und er dadurch fahrlässig den Tod des Opfers herbeigeführt habe.

Die Generalprokuratur erhob gegen das Urteil Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes.

Entscheidung:

Das Urteil wird aufgehoben und gemäß § 292 StPO in der Sache selbst erkannt: Der Berufung der Staatsanwaltschaft wird nicht Folge gegeben.

Aus der Begründung:

„[...] Da aus diesen Gründen die Strafbarkeit des Stefan G***** mangels objektiver Zurechenbarkeit des Todes der Jasmin S***** zu verneinen ist, hätte das Berufungsgericht bei richtiger Gesetzesanwendung der Berufung der Staatsanwaltschaft gegen den Freispruch den Erfolg versagen müssen. Nur aus Gründen der Vollständigkeit bleibt anzuführen, dass es zu diesem Ergebnis auch auf Grund der Bestimmung des § 4 Abs 2 Z 2 JGG mit Rücksicht auf das Alter des zur Tatzeit 14 ½ -jährigen Schülers, den durch das gleichteilige Mitverschulden der Getöteten herabgesetzten Verschuldensgrad und das Fehlen besonderer die Anwendung des Jugendstrafrechts gebietender Gründe hätte gelangen müssen.[...]“

„[...] Ein Schuldspruch des zur Tatzeit 14 ½ Jahre alten Angeklagten war jedoch zufolge § 4 Abs 2 Z 2 JGG ausgeschlossen. Bei Berücksichtigung des ebenfalls gefährdungsrelevanten Verhaltens der schließlich Getöteten liegt ein schweres Verschulden des Angeklagten nicht vor. Besonders spezialpräventive Erfordernisse für die Anwendung des Jugendstrafrechts sind hier nicht gegeben. Daher war der Angeklagte auf Grund des § 4 Abs 2 Z 2 JGG freizusprechen. [...]“

5.22. OGH 18.11.2003, 14 Os 118/03²¹²

Problembereich:

Strafraumenbezogene Schuldprüfung im Einzugsbereich des § 42 StGB.

Ausgangssituation:

Die beiden Angeklagten wurden vom Vorwurf des Verbrechens nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1, 148 2. Fall StGB als Beteiligte nach § 12 2. Fall, die Zweitangeklagte auch als teils 3. Fall StGB freigesprochen. Die Zweitangeklagte ließ sich während eines Krankenhausaufenthaltes vom Fahrtendienst des Erstangeklagten vier- bis fünfmal das

²¹² Veröffentlicht in JBI 2005/57; JSt 2004/42.

Essen in das Krankenhaus liefern, obwohl beide Angeklagten wussten, dass es sich um keine vertragskonforme Personenbeförderung, sondern um eine nichtvergütungsfähige Botenfahrt handelte. Die Staatsanwaltschaft erhob Nichtigkeitsbeschwerde.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus der Begründung:

„[...] Der Beschwerde zuwider haben die Tatrichter zu Recht amtliche Voraussetzungen mangelnder Strafwürdigkeit der Tat nach § 42 StGB bejaht:

Das – zufolge mangelnder Bekämpfung zahlreicher weiterer Freispruchsfaktoren und der Negierung gewerbsmäßiger Begehungsweise verbleibende – Vergehen des schweren Betruges nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 StGB ist mit nicht mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht. Die Schuld der tatverdächtigten Angeklagten ist im Vergleich mit den typischen Fällen der im Einzugsbereich des § 42 StGB liegenden Delikte gering (Schroll in WK² § 42 Rz 26). Ungeachtet des eine durchschnittliche Schuld indizierenden zitierten Strafrahmens (aaO Rz 28), der vorliegend deshalb eröffnet wird, weil eine Abrechnung zwangsläufig die Vorlage entsprechender Belege erforderte, streiten für beide – bisher einen ordentlichen Lebenswandel führende – Angeklagte besondere unrechts- und schuld mindernde Umstände. [...]“

5.23. OGH 11.11.2003, 11 Os 126/03

Problembereich:

Nicht schwere Schuld, Diversion im Jugendstrafrecht, Spezialprävention, fehlende Schuldeinsicht.

Ausgangssituation:

Der Angeklagte wurde der Verbrechen des Raubes nach § 142 Abs 1 und Abs 2 StGB schuldig erkannt, da er durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben (§ 89 StGB) dem Tatopfer ohne Anwendung erheblicher Gewalt jeweils durch Androhung von Schlägen einmal 60 Cent und einmal 11 € abgenötigt hat. Der Angeklagte erhob Nichtigkeitsbeschwerde.

Entscheidung:

Der Beschwerde kommt keine Berechtigung zu.

Aus der Begründung:

„[...] Beide geforderten Maßnahmen scheitern bereits aus spezialpräventiven Gründen. Burhan B***** wurde nämlich mit Urteil des Landesgerichtes Krems an der Donau vom 20. Jänner 2003, GZ 25 E 68/02y-20, des Verbrechens des Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127, 129 Z 1 und 3 StGB sowie des Vergehens des unbefugten Gebrauches von Fahrzeugen nach § 136 Abs 1 und Abs 2 StGB schuldig erkannt und hiefür zu einer Freiheitsstrafe von drei Monaten verurteilt, deren Vollzug für eine Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen wurde. Dessen ungeachtet nötigte er unter Anwendung von Drohungen Ende Jänner 2003 dem Thomas D***** einen geringfügigen Bargeldbetrag ab und wiederholte am 6. Februar 2003 den räuberischen Angriff. Daraus ergibt sich bereits ein gewisser Hang zur Kriminalität, welchem nur durch den Ausspruch einer Strafe begegnet werden kann.

Diversion erfordert zudem, dass die Schuld des Täters nicht als schwer anzusehen ist. Schon die von sechs Monaten bis zu fünf Jahren reichende, wenn auch für den jugendlichen Angeklagten gemäß § 5 Z 4 JGG bis zu zweieinhalb Jahre betragende Strafdrohung des § 142 Abs 2 StGB gibt zunächst einen ersten Anhaltspunkt für den vom Gesetzgeber im Vergleich zu anderen Delikten höher eingestuften Unrechtsgehalt des angelasteten Deliktes. Ein hinzutretender deutlich gesteigerter Handlungsunwert ergibt sich aus der Tatsache, dass der Beschwerdeführer in zwei Angriffen mehrmals Schläge androhte und sein Opfer dadurch so einschüchterte, dass es Geld und ein Armband herausgab. Unter Abwägung aller schuldrelevanten Faktoren ist die Schuld des Beschwerdeführers somit als schwer einzustufen (vgl EvBl 2001/46, 13 Os 2/01).

Überdies ist auch noch zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit einer Diversion von der Haltung des Angeklagten abhängt und Schuldeinsicht, demnach seine Bereitschaft voraussetzt, Verantwortung für das ihm zur Last gelegte Tatgeschehen zu übernehmen (EvBl 2002/153 mwN). Im vorliegenden Fall hat der Angeklagte aber seine Täterschaft zu beiden Raubtaten bis zuletzt geleugnet und das ihm angelastete Drohverhalten in Abrede gestellt, sodass auch unter diesem Gesichtspunkt eine urteilsmäßige Beendigung des Strafverfahrens geboten war. [...]“

5.24. OGH 19.5.2004, 13 Os 16/04²¹³

Problembereich:

Schwere Schuld, fehlende Schuldeinsicht des Angeklagten.

²¹³ Veröffentlicht in JSt 2005/14; ÖJZ 2005/10.

Ausgangssituation:

Der Angeklagte wurde wegen des Verbrechens des versuchten schweren Diebstahls durch Einbruch nach §§ 15, 127, 128 Abs 1 Z 4, 129 Z 1 StGB als Beteiligter nach § 12 dritter Fall StGB verurteilt, da er durch den tatplanmäßigen Transport an den Tatort, mit der Zusicherung, sie nach der Tat wieder wegzubringen und beim Abtransport der Beute behilflich zu sein, zum Versuch beigetragen hat, durch Einschlagen eines Fensters, Einsteigen in ein Gebäude und Aufbrechen einer Bürotüre, einen Tresor wegzunehmen, indem sich 6030 € befanden.

Entscheidung:

Der Diversionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 10a StPO) des Angeklagten kommt keine Berechtigung zu.

Aus der Begründung:

„[...] Denn arbeitsteilig geplante und durchgeführte Tresordiebstähle eignen sich schon aus generalpräventiven Gründen oft – wie hier – nicht für eine diversionelle Erledigung. Auch wenn ein Geständnis angesichts des Umstandes, dass eine planwidrige Lücke des § 90a Abs 2 StPO nicht erkennbar ist, zwar im Fall des § 90g Abs 1 StPO (und auch dort unabhängig von fehlender Zustimmung des Verletzten [vgl § 7 Abs 4 JGG]), nicht aber als generelle Voraussetzung für diversionelle Erledigung angesehen werden darf (Schroll, WK-StPO § 90a Rz 4 und 36, Hochmayr, Rz 2003, 275; vgl aber 15 Os 1/02, 11 Os 126/03), ist unter dem Aspekt spezialpräventiver Notwendigkeit einer Bestrafung vorliegend durchaus beachtlich, dass Enver B***** nach bis dahin „hartnäckigem Leugnen“ erst in der Hauptverhandlung – und angesichts des Geständnisses sämtlicher anderer Tatbeteiligter – dazu bereit war.

Dazu kommt, dass bei der Frage nach schwerer Schuld neben dem Gesinnungsunwert und den Strafbemessungsgründen der §§ 32 ff StGB auch das vom Täter verwirklichte Handlungs- und Erfolgsunrecht ins Gewicht fällt (Schroll, WK-StPO § 90a Rz 16). [...]“

5.25. OGH 5.8.2004, 12 Os 45/04²¹⁴

Problembereich:

Schwere Schuld, Spezial- und Generalprävention, Vielzahl an Angriffen.

²¹⁴ Veröffentlicht in JBI 2005, 397.

Ausgangssituation:

Die drei Angeklagten wurden nach § 307 Abs 2 StGB schuldig erkannt, da sie Beamten für die pflichtmäßige Ausstellung von Genehmigungen gem § 33 Abs 2 und Abs 3 KFG, Schmiergeldzahlungen gewährt haben. Die Angeklagten erhoben Nichtigkeitsbeschwerde.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus der Begründung:

„[...] Im Rahmen der von den Angeklagten Johann H***** und Günther H***** erhobenen Diversionsrüge (Z 10a) behaupten diese Beschwerdeführer, das Erstgericht habe ein Vorgehen nach dem IXa. Hauptstück der StPO zu Unrecht unter Berufung auf das Vorliegen schwerer Schuld iSd § 90a Abs 2 Z 2 StPO unterlassen. Ihre Argumentation versagt:

Denn bei der Prüfung der Diversionsvoraussetzungen nach § 90a Abs 2 Z 2 StPO ist einer umfassenden Strafzumessungsschuld ist das Handlungs- und Erfolgsunrecht sowie der Gesinnungsunwert jeweils tat- und täterbezogen einer Bewertung zu unterziehen (vgl Schroll in WK-StPO § 90a Rz 14 mwN). Fallbezogen zeigt sich dabei, dass angesichts der von Anfang an angestrebten, in Summe erheblichen Zuwendungen an Beamte ein erhebliches Erfolgsunrecht vorlag und mit Blick auf die Vielzahl von Angriffen auch das Handlungsunrecht von außergewöhnlich hoher Intensität war. Diese sich über lange Jahre hin erstreckende, planmäßig auf eine regelrechte Korruption der von den Angeklagten in Anspruch genommenen Dienststelle abzielende Delinquenz manifestiert darüber hinaus einen besonders hohen Grad verwerflicher Gesinnung. Damit zeigt aber das Tatverhalten der Angeklagten eine im Vergleich mit den der Diversion unterliegenden Delikten auch unter Berücksichtigung des geringen Strafrahmens nach § 307 Abs 2 StGB von Anfang an bestehende schwere Schuld, welche eine diversionelle Erledigung nicht zulässt.

Dazu kommt, dass die Präventionsvoraussetzungen des § 90a Abs 1 StPO auf das inkriminierte Geschehen in seiner Gesamtheit abstellen; das Verhalten der Angeklagten ist daher umfassend – und damit auch die real konkurrierenden Straftaten miteinschließend – zu bewerten (vgl Schroll in WK-StPO § 90a Rz 47; Schütz, Diversionsentscheidungen 72 f; 15 Os 117/01). Im vorliegenden Fall steht die Vielzahl der auf eine geradezu systematische Unterminierung der Verwaltung in diesem Bereich gerichteten deliktischen Angriffe über einen langen Zeitraum hindurch einer diversionellen Erledigung sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiven

Erwägungen entgegen. Vielmehr gebietet das inkriminierte Verhalten eine förmliche Erledigung der Anklage durch Schuldspruch und Strafe, um einerseits den Angeklagten die Verwerflichkeit ihres Vorgehens vor Augen zu führen und um andererseits sowohl Beamte als auch die Öffentlichkeit von gesetzwidriger Einflussnahme auf das Verwaltungshandeln abzuhalten. [...]“

5.26. OGH 14.11.2006, 14 Os 84/06v²¹⁵

Problembereich:

Schwere Schuld, hoher Handlungs- und Gesinnungsunwert.

Ausgangssituation:

Der Angeklagte wurde abweichend von der wegen §§ 15, 142 Abs 1 StGB erhobenen Anklage des Vergehens der Körperverletzung nach § 83 Abs 1 StGB schuldig erkannt. Er fasste das Opfer am Kopf und stieß es gegen die Wand einer Hofeinfahrt, wobei es eine Prellung an der rechten Hand sowie Abschürfungen im Brustbereich und am Kopf erlitt. Der Angeklagte erhob gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Aus der Begründung:

„[...] Dem Einwand, das Erstgericht „hätte ... die Möglichkeit einer Diversion erörtern müssen ...“ und dem Angeklagten sei die Gelegenheit genommen worden, „der Staatsanwaltschaft ein Diversionsangebot zu machen oder anzunehmen“, genügt es zu erwidern, dass das Gesetz ein „Diversionsangebot seitens des Angeklagten“ nicht vorsieht.

Indem der Rechtsmittelwerber bloß die ihm nicht eröffnete Möglichkeit der Stellung oder Annahme eines „Diversionsangebotes“ kritisiert und auf seine bisherige Unbescholtenheit sowie das Eingeständnis einer verbalen Auseinandersetzung mit dem Zeugen T***** hinweist, leitet er die angestrebte rechtliche Konsequenz nicht methodisch vertretbar aus dem Gesetz ab, was zur Zurückweisung des Rechtsmittels bereits in einer nicht öffentlichen Beratung führt (§ 285d Abs 1 Z 1 StPO). Daraus folgt die Kompetenz des Gerichtshofs zweiter Instanz zur Entscheidung über die Berufung (§ 285i StPO).

²¹⁵ Veröffentlicht in JSt 2007/2; ÖJZ 2007/39.

Bleibt anzumerken, dass unter dem Aspekt spezialpräventiver Notwendigkeit einer Bestrafung vorliegend die gänzlich leugnende Verantwortung des Angeklagten durchaus beachtlich ist und bei der Frage nach schwerer Schuld neben dem Gesinnungsunwert und den Strafzumessungsgründen der §§ 32 ff StGB auch das vom Täter verwirklichte Handlungs- und Erfolgsunrecht ins Gewicht fällt (Schroll, WK-StPO § 90a Rz 16), welche Kriterien angesichts eines – nach den Urteilsannahmen – grundlosen brutalen Angriffs gegen ein dem Angeklagten völlig unbekanntes Opfer auf offener Straße insgesamt zu Ungunsten des Beschwerdeführers ausschlagen, sodass sich die vom Schuldspruch umfasste Tat nicht für eine diversionelle Erledigung eignet. [...]“

5.27. OGH 2.5.2007, 13 Os 35/07g²¹⁶

Problembereich:

Schwere Schuld.

Ausgangssituation:

Der Angeklagte wurde des Vergehens der falschen Beweisaussage vor einer Verwaltungsbehörde nach § 289 StGB schuldig erkannt, da er vor einer Verwaltungsbehörde als Zeuge bei einer förmlichen Vernehmung zur Sache falsch ausgesagt hat. Der Angeklagte erhob Nichtigkeitsbeschwerde.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Aus der Begründung:

„[...] Bleibt anzumerken, dass der Angeklagte nach den Urteilsannahmen im Verfahren über die Berufung eines Kraftfahrzeuglenkers gegen Bescheide der Bundespolizeidirektion Graz, die auf vom Angeklagten erstatteten Anzeigen wegen Falschparkens beruhten, insoweit falsch ausgesagt hat, als er deren inhaltliche Richtigkeit aus eigener dienstlichen Wahrnehmung bestätigte. Dass das Erstgericht – nicht aber der Unabhängige Verwaltungssenat – letztlich zum Schluss kam, der Kraftfahrzeuglenker habe zu den angeführten Zeiten tatsächlich falsch geparkt, würde auf dieser Grundlage eine (allenfalls als strafmildernd zu wertende; vgl Plöchl/Seidl in WK2 § 288 Rz 29) Unerheblichkeit der Falschaussage ohnehin nicht indizieren.

²¹⁶ Veröffentlicht in ÖJZ 2007/138.

Bei der Beurteilung der Frage schwerer Schuld fallen im Übrigen Gesinnungsunwert, Strafzumessungsgründe der §§ 32 ff StGB sowie das vom Täter verwirklichte Handlungs- und Erfolgsunrecht ins Gewicht (Schroll, WK-StPO § 90a Rz 16). Eine falsche Beweisaussage durch ein mit der Strafrechtspflege betrautes und solcherart zur besonderen Gesetzestreue verpflichtetes Organ im oben dargestellten Sinn eignet sich – ungeachtet bisher ordentlichen Lebenswandels und geständiger Verantwortung – demnach mangels Vorliegens des Erfordernisses nicht schwerer oder gar geringer Schuld nicht für eine Anwendung des § 42 StGB oder eine diversionelle Erledigung nach § 90b StPO. [...]“

5.28. OGH 30.5.2007, 15 Os 42/07a²¹⁷

Problembereich:

Schwere Schuld, Unterschied zum schweren Verschulden im Sinne des § 88 Abs 1 StGB.

Ausgangssituation:

Die Angeklagte wurde wegen des Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 StGB angeklagt, weil sie als Radfahrerin die im Straßenverkehr gebotene Sorgfalt und Aufmerksamkeit außer Acht ließ und eine die Fahrbahn überquerende Fußgängerin niederstieß und ihr dadurch leichte Körperverletzungen zufügte. Bei der Hauptverhandlung ersuchte die geständige Beschuldigte um Durchführung einer Diversion und war mit der Zahlung einer Geldbuße einverstanden. Die Hauptverhandlung wurde daher zur Durchführung einer Diversion auf unbestimmte Zeit vertagt. Der Bezirksanwalt wurde von diesem Vorgehen in Kenntnis gesetzt und zur Stellungnahme aufgefordert, in welcher er der Diversion mit dem Argument entgegentrat, dass von einem schweren Verschulden der Angeklagten auszugehen sei. Das Bezirksgericht teilte der Angeklagten mit, dass bei Zahlung eines Geldbetrages in der Höhe von € 500 die Fortführung des Verfahrens unterbleiben würde und teilte ihr gleichzeitig mit, dass die Staatsanwaltschaft mit dieser Vorgehensweise nicht einverstanden sei, weshalb bei erfolgreicher Beschwerde der Anklagebehörde gegen die endgültige Verfahrenseinstellung das Strafverfahren fortgesetzt werde. Die Generalprokuratur erhob Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes und beantragte diesen Beschluss aufzuheben und dem Erstgericht die Fortsetzung des Verfahrens aufzutragen.

²¹⁷ Veröffentlicht in ZVR 2007/186; JSt 2007/45; AnwBl 2008, 350; JBl 2008, 129; RZ 2008/7.

Das Landesgericht als Beschwerdegericht gab dieser Beschwerde Folge, hob den angefochtenen Beschluss auf und trug dem Erstgericht auf, das gesetzliche Verfahren durchzuführen.

Entscheidung:

Der Beschluss des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Beschwerdegericht verletzt § 90a Abs 3 StPO iVm § 90c Abs 4 (§ 90b) StPO. Dieser Beschluss wird aufgehoben und in der Sache selbst dahin erkannt, dass die Beschwerde der Staatsanwaltschaft zurückgewiesen wird.

Aus der Begründung:

„[...] Der Beschluss des Landesgerichtes für Strafsachen Wien steht – wie der Generalprokurator in seiner zur Wahrung des Gesetzes erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zutreffend ausführt – mit dem Gesetz nicht im Einklang.

Wenn das Gericht aus eigenem – ohne entsprechenden Antrag des öffentlichen Anklägers – eine Verfahrenseinstellung nach Zahlung eines Geldbetrages (§ 90c Abs 4 StPO iVm § 90b StPO) anstrebt, so hat es zunächst die Staatsanwaltschaft zu hören (§ 901 Abs 2 zweiter Satz StPO) und das Angebot vom Verdächtigen erst danach zur Kenntnis zu bringen. Die Zustimmung des öffentlichen Anklägers zur Diversion ist nicht erforderlich; das Angebot kann auch gegen den erklärten Willen der Anklagebehörde erstellt werden. Dem Staatsanwalt steht gegen eine derartige Verfügung kein Rechtsmittel offen. Er kann sich nach § 901 Abs 3 StPO vielmehr erst gegen eine nach § 90c Abs 5 (§ 90b) StPO erfolgte Verfahrenseinstellung zur Wehr setzen (14 Os 24/05v, EvBl 2005/137, 639 = SSSt 2005/28; Schroll, WK-StPO § 90c Rz 9).

Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die an die Beschuldigte Katerina B***** gerichtete Mitteilung nach § 90c Abs 4 StPO iVm § 90b StPO war daher unzulässig und hätte vom Landesgericht für Strafsachen Wien zurückgewiesen werden müssen.

Für den Fall einer neuerlichen Befassung des Beschwerdegerichtes nach (endgültiger) Verfahrenseinstellung wird dieses bei der Prüfung, ob die Schuld der Radfahrerin als schwer einzustufen ist, zu berücksichtigen haben, dass das Diversionshindernis der „schweren Schuld“ iSd § 90a Abs 2 Z 2 StPO vom Strafbefreiungshindernis des „schweren Verschuldens“ iSd § 88 Abs 2 StGB strikt zu unterscheiden ist. Während das „schwere Verschulden“ ganz spezifisch auf schwere Verwirklichungen gerade des § 88 Abs 1 StGB zielt, ist die „schwere Schuld“ auf den Gesamtbereich der für Diversion prinzipiell offenen Delikte zu beziehen (Burgstaller in WK2 [2006] § 88 Rz 51; Schroll, Diversion bei Verkehrsunfällen, Der Sachverständige Heft 3/2003, 142 f). Bei Delikten mit geringeren Strafobergrenzen (hier: § 88 Abs 1 StGB mit einer solchen von

drei Monaten) ist angesichts des vom Gesetzgeber solcherart zum Ausdruck gebrachten geringeren sozialen Störwertes daher die Schwelle für die Bejahung des Vorliegens einer nicht als schwer anzusehenden Schuld iSd § 90a Abs 2 Z 2 StPO niedriger anzusetzen als bei einem mit einer höheren Strafe bedrohten Vergehen oder Verbrechen. Hieraus folgt, dass die Fälle „schweren Verschuldens“ iSd § 88 Abs 2 StGB in aller Regel keine „schwere Schuld“ begründen, vielmehr ist davon auszugehen, dass beim Vergehen der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 StGB eine diversionelle Erledigung aufgrund Erreichens des in Rede stehenden Schuldgrades überhaupt nur in besonderen Ausnahmefällen nicht in Betracht kommt. Dies wird dann anzunehmen sein, wenn ein außergewöhnlich gravierender Sorgfaltsverstoß vorliegt, der einen Schadenseintritt mehr als wahrscheinlich erscheinen lässt, wobei die Tat mit einem erheblichen sozialen Störwert einhergehen muss (Schroll, Diversion bei Verkehrsunfällen, aaO; Burgstaller in WK2 [2006] § 88 Rz 51). [...]“

5.29. OGH 22.11.2007, 15 Os 128/07y²¹⁸

Problembereich:

Schwere Schuld, Diversion bei Verkehrsunfällen.

Ausgangssituation:

In diesem Fall beantragte der Bezirksanwalt die Bestrafung des Beschuldigten wegen des Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 StGB. Dieser ließ als Lenker eines PKW die im Straßenverkehr gebotene Sorgfalt und Aufmerksamkeit außer Acht, stieß das Opfer, welches die Fahrbahn von links nach rechts am Schutzweg überquerte, nieder und fügte diesem eine leichte Körperverletzung, nämlich eine Zerrung des rechten Knies und Prellungen der linken Hüfte und des rechten Fußes, zu. In der HV zeigte sich der Beschuldigte geständig. Der Beschuldigte habe sich mit ungefähr 20 km/h dem Schutzweg angenähert und unmittelbar davor seine Geschwindigkeit weiter verlangsamt, sodass er auf dem Schutzweg bereits fast gestanden sei. Weil er eine Handbewegung des in der Fahrbahnmitte stehenden Fußgängers im Sinne eines „Fahr weiter!“ gedeutet habe, sei er im Schrittempo weitergefahren, wodurch es zu dem Unfall gekommen sei. Hätte ihm der Fußgänger keine Handzeichen gegeben, wäre er stehen geblieben.

Der Verteidiger des Beschuldigten ersuchte im Hinblick auf die zahlreichen Milderungsgründe um Durchführung einer Diversion. Die HV wurde daraufhin zur

²¹⁸ Veröffentlicht in JusGuide 2008/09/5468.

Durchführung einer Diversion vertagt. Der von der beabsichtigten Vorgangsweise und zur Stellungnahme aufgeforderte Bezirksanwalt trat „mangels Verantwortungsübernahme des Beschuldigten und wegen Vorliegens schweren Verschuldens“ einem diversionellen Vorgehen entgegen. Nach Zahlung eines Geldbetrages von 1.000 € wurde das Verfahren mit Beschluss eingestellt. Die StA erhob Beschwerde und das Landesgericht gab dieser Folge, hob den angefochtenen Beschluss auf und trug dem Erstgericht auf, das ordentliche Verfahren durchzuführen. In der Begründung führte das Beschwerdegericht zunächst aus, dass der angefochtene Beschluss nicht deutlich erkennen lasse, von welchem Sachverhalt das Erstgericht ausgegangen sei, weshalb es schon an der Voraussetzung hinreichender Klärung des Sachverhaltes mangle. Im Übrigen gelangte es zur Überzeugung, dass im vorliegenden Fall jedenfalls von einem schweren Verschulden des Beschuldigten auszugehen sei, welches sich aus der Art der Missachtung des § 9 Abs 2 StVO ergebe. Schließlich erachtete das Beschwerdegericht eine Bestrafung des Beschuldigten auch aus generalpräventiven Gründen für erforderlich, zumal die Häufigkeit von Unfällen auf Schutzwegen die weit verbreitete Einstellung erkennen lasse, dass der stärkere Verkehrsteilnehmer trotz der Bestimmung des § 9 Abs 2 StVO von der Möglichkeit zur Erzwingung seines Vorranges ausgeht. Die Generalprokuratur erhob gegen den Beschluss des LG für Strafsachen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes.

Entscheidung:

Dieser Beschluss und das darauf beruhende Urteil des BG werden aufgehoben und es wird dem LG aufgetragen, neuerlich über die Beschwerde der StA gegen den Beschluss des BG zu entscheiden.

Aus der Begründung:

„[...] Bei der Bewertung des Grades der Schuld als „schwer“ ist von jenem Schuldbegriff auszugehen, der nach §§ 32 ff StGB die Grundlage für die Strafbemessung bildet, wobei stets nach Lage des konkreten Falles eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände vorzunehmen ist. Demnach müssen sowohl das Handlungs- als auch das Gesinnungsunrecht insgesamt eine Unwerthöhe erreichen, die im Wege einer überprüfenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist. Dabei kommt auch der vom Gesetzgeber in der Strafdrohung zum Ausdruck gebrachten Vorbewertung des deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehaltes eine Indizwirkung für die Schuldabwägung zu.

Bei Prüfung der Frage, ob die Schuld als schwer einzustufen ist, ist zu berücksichtigen, dass das Diversionshindernis der „schweren Schuld“ vom Strafbefreiungshindernis des „schweren Verschuldens“ iSd § 88 Abs 2 StGB strikt zu unterscheiden ist. Während das „schwere Verschulden“ ganz spezifisch auf gravierende Verletzungen gerade des § 88 Abs 1 StGB zielt, ist die „schwere Schuld“ auf den Gesamtbereich der für Diversion prinzipiell offenen Delikte zu beziehen. Bei Delikten mit geringeren Strafobergrenzen ist angesichts des vom Gesetzgeber solcherart zum Ausdruck gebrachten geringeren sozialen Störwertes daher die Schwelle für die Bejahung des Vorliegens einer nicht als schwer anzusehenden Schuld iSd § 90a Abs 2 Z 2 StPO niedriger anzusetzen als bei einem mit einer höheren Strafe bedrohten Vergehen oder Verbrechen. Beim Vergehen der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 StGB (mit einer Strafobergrenze von drei Monaten Freiheitsstrafe) kommt demnach eine diversionelle Erledigung aufgrund Erreichens des in Rede stehenden Schuldgrades überhaupt nur in Ausnahmefällen nicht in Betracht. Im vorliegenden Fall ging das Beschwerdegericht „jedenfalls von einem schweren Verschulden“ aus. Zwar stelle die bloße Missachtung des § 9 Abs 2 StVO noch kein schweres Verschulden dar, doch ergebe sich in concreto aus der Art der Missachtung ein schweres Verschulden des Beschuldigten. Der gegenständliche Unfall habe sich auf einem durch eine Schutzinsel geteilten Schutzweg ereignet, welcher nicht durch eine Ampel geregelt war. „Im Zeitpunkt kurz vor dem Unfall hatte der Fußgänger bereits die Hälfte der Fahrbahn überquert und es hatte auch ein unbeteiligter, dem Beschuldigten entgegenkommender Fahrzeuglenker angehalten, sodass der Beschuldigte jedenfalls damit rechnen musste, daß der Fußgänger auch die restliche Fahrbahn überqueren will. Daher kann auch ein allfälliges Missdeuten des vom Beschuldigten behaupteten Armzeichens des Fußgängers diesem nicht zu Gute kommen.“

Die vom Beschwerdegericht vertretene Rechtsansicht ist verfehlt. Wenngleich § 9 Abs 2 StVO gegenüber Verkehrsteilnehmern auf einem Schutzweg zweifellos erhöhte Sorgfaltsanforderungen vorschreibt, kann in dem vom Beschwerdegericht erwogenen Sorgfaltsdefizit des Beschuldigten ein außergewöhnlich gravierender Sorgfaltsverstoß oder ein krasser Aufmerksamkeitsfehler nicht schon deshalb gesehen werden, weil sich der Verkehrsunfall auf einem Schutzweg ereignete. Auch von einem erheblichen sozialen Störwert der Tat allein wegen dieser Umstände kann diesfalls keine Rede sein. Schließlich stehen einem diversionellen Vorgehen auch keine generalpräventiven Erfordernisse entgegen. Denn nach der Argumentation des Beschwerdegerichts, dass schon die Häufigkeit von Unfällen auf Schutzwegen die weitverbreitete Einstellung erkennen lasse, dass der stärkere Verkehrsteilnehmer seinen Vorrang erzwingen wollte, wäre eine diversionelle Erledigung für die Fälle einer Missachtung des

Vorranges auf Schutzwegen (§ 9 Abs 2 StVO) in der Regel – aus generalpräventiven Gründen – ausgeschlossen. § 90a Abs 1 StPO schließt demgegenüber eine Diversion nur dann aus, wenn den generalpräventiven Bedürfnissen auch unter Berücksichtigung der Diversionsmaßnahme nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Gerade aber die für einen Verdächtigen spürbare Reaktion – wie in casu die Zahlung einer nicht unerheblichen Geldbuße – vermittelt auch in Fällen wie diesem der Öffentlichkeit ein ausreichendes Signal der Rechtsbewährung. [...]“

5.30. OGH 15.4.2008, 14 Os 32/08z²¹⁹

Problembereich:

Keine schwere Schuld, Diversion bei Verkehrsunfällen.

Ausgangssituation:

Der Beschuldigte wurde mit Urteil des BG des Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 StGB schuldig erkannt. Er beachtete als Lenker eines PKW beim Rechtsabbiegen die die Fahrbahn am Schutzweg überquerende Fußgängerin nicht und stieß sie zu Boden, wodurch diese eine Prellung des Schädels, des linken Kniegelenks, des linken Ellenbogens, der Hüfte, der Lendenwirbelsäule und des linken Fußes sowie eine Zerrung der Halswirbelsäule erlitt. Die Voraussetzungen für ein diversionelles Vorgehen verneinte das Erstgericht angesichts schweren Verschuldens. Der Angeklagte erhob Nichtigkeitsbeschwerde, welche vom LG für Strafsachen zurückgewiesen wurde. Die Generalprokuratur erhob Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes.

Entscheidung:

Die Urteile des BG und des LG als Berufungsgericht verletzen das Gesetz im § 199 StPO iVm § 198 Abs 1 und Abs 2 Z 2 StPO. Sie werden aufgehoben, und es wird die Sache an das BG mit dem Auftrag verwiesen, nach den Bestimmungen des 11. Hauptstücks der StPO vorzugehen.

Aus der Begründung:

„[...] Bei der Bewertung des Grades der Schuld als „schwer“ ist von jenem Schuldbegriff auszugehen, der nach § 32 ff StGB die Grundlage für die Strafbemessung bildet, wobei stets nach Lage des konkreten Falls eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände vorzunehmen ist.

²¹⁹ Veröffentlicht in Jus-extra 280/2008/4160 (43).

Demnach müssen sowohl das Handlungs-, Erfolgs- als auch das Gesinnungsunrecht insgesamt eine Unwerthöhe erreichen, die im Wege einer überprüfenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist. Dabei kommt auch der vom Gesetzgeber in der Strafdrohung zum Ausdruck gebrachten Vorbewertung des deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehalts eine Indizienwirkung für die Schuldabwägung zu.

Bei der Prüfung der Frage, ob die Schuld als schwer einzustufen ist, ist zu berücksichtigen, dass das Diversionshindernis der „schweren Schuld“ vom Strafbefreiungshindernis des „schweren Verschuldens“ im Sinne des § 88 Abs 2 StGB strikt zu unterscheiden ist. Während das „schwere Verschulden“ ganz spezifisch auf gravierende Verletzungen gerade des § 88 Abs 1 StGB zielt, ist die „schwere Schuld“ auf den Gesamtbereich der für Diversion prinzipiell offenen Delikte zu beziehen. Bei Delikten mit geringeren Strafobergrenzen ist angesichts des vom Gesetzgeber solcherart zum Ausdruck gebrachten geringeren sozialen Störwerts daher die Schwelle für die Bejahung des Vorliegens einer nicht als schwer anzusehenden Schuld im Sinne des § 198 Abs 2 Z 2 StPO niedriger anzusetzen als bei einem mit einer höheren Strafe bedrohten Vergehen oder Verbrechen. Beim Vergehen der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 StGB (mit einer Strafobergrenze von drei Monaten Freiheitsstrafe) kommt demnach eine diversionelle Erledigung aufgrund Erreichens des in Rede stehenden Schuldgrades überhaupt nur in Ausnahmefällen nicht in Betracht.

Im vorliegenden Fall wurde dem Fahrzeuglenker Unachtsamkeit gegenüber der Fußgängerin begründet durch die Ablenkung durch ein Einsatzfahrzeug und darauf gegründetes Einhalten einer relativ überhöhten Geschwindigkeit angelastet.

Wenngleich § 9 Abs 2 StVO gegenüber Verkehrsteilnehmern auf einem Schutzweg zweifellos erhöhte Sorgfaltsanforderungen vorschreibt, kann in dem beschriebenen Sorgfaltsdefizit des Beschuldigten kein außergewöhnlich gravierender Verstoß bloß deshalb gesehen werden, weil sich der Verkehrsunfall auf einem Schutzweg ereignete. Der Beschuldigte hatte seine Geschwindigkeit vor dem Schutzweg bereits auf etwa 20 km/h reduziert, als das anhaltende Rettungsfahrzeug mit Blaulicht, das schon deshalb besonders zu beachten war, seine Aufmerksamkeit auf sich zog. Ein erheblicher sozialer Störwert der Tat allein wegen dieser Umstände liegt nicht vor. Es ist vielmehr von einer im Straßenverkehr nicht untypischen Nachlässigkeit – gelegen in der unterlassenen Aufhellung einer unklaren Verkehrssituation durch Reaktion der Geschwindigkeit – auszugehen, die für sich allein noch nicht geeignet ist, einem im Sinn des § 198 Abs 1 Z 2 StPO qualifizierten Schuldvorwurf zu begründen. Denn die durch das Einsatzfahrzeug verursachte Ablenkung ist nicht mit einer grundsätzlichen Missachtung des Schutzweges gleich zu setzen. Bei ganzheitlicher Abwägung aller

unrechtsrelevanten und schuldrelevanten Tatumstände ist zudem zu berücksichtigen, dass die Folgen gering sind (leichte Körperverletzung mit einer Gesundheitsschädigung und Berufsunfähigkeit von nicht mehr als vierzehntägiger Dauer) und dass der als mildernd zu wertenden Unbescholtenheit des Beschuldigten kein Erschwerungsgrund gegenübersteht.

Schließlich sprechen auch keine generalpräventiven Erfordernisse gegen ein diversionelles Vorgehen. Denn nach der diesbezüglichen Argumentation des Rechtsmittelgerichts wäre eine diversionelle Erledigung im Fall einer Missachtung des Vorrangs auf Schutzwegen (§ 9 Abs 2 StVO) regelmäßig aus generalpräventiven Gründen ausgeschlossen. Demgegenüber schließt § 198 Abs 1 StPO eine Diversion aber nur aus, wenn den generalpräventiven Bedürfnissen auch unter Berücksichtigung der Diversionsmaßnahme nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Eine für den Verdächtigen spürbare Reaktion im Zuge einer diversionellen Erledigung vermittelt der Öffentlichkeit jedoch auch in Fällen wie diesem ein ausreichendes Signal der Rechtsbewährung. [...]“

5.31. OGH 21.8.2008, 15 Os 64/08p,65/08k

Problembereich:

Schwere Schuld, keine Diversion im Falle einer Wirtshausauseinandersetzung.

Ausgangssituation:

Der Beschuldigte wurde mit Urteil des LG des Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 StGB schuldig erkannt, weil er das weibliche Opfer fahrlässig am Körper verletzte, indem er ihr den Inhalt eines Bierglases zweimal gegen das Gesicht schüttete, wobei das Bierglas beim zweiten Mal an ihrem Kinn zerbrach. Dadurch erlitt sie zwei Schnittverletzungen im rechten Kinnbereich. Die StA erhob Berufung wegen Nichtigkeit und Schuld und strebte einen Schuldspruch nach § 83 Abs 1 StGB an. Das OLG gab der Berufung nicht Folge. Die Generalprokurator erhob Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes, da aufgrund der Feststellungen des Erstgerichts und der unveränderten Feststellungen des Berufungsgerichts, wonach der Angeklagte dem Opfer die Schnittverletzungen ohne Verletzungsvorsatz zufügte, sowohl das LG als auch das OLG verpflichtet gewesen wären, die Voraussetzungen einer diversionellen Maßnahme zu erörtern, zu prüfen und gegebenenfalls nach dem IXa. Hauptstück der StPO aF vorzugehen.

Entscheidung:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus der Begründung:

„[...] Für den Begriff „schwere Schuld“, der strikt vom „schweren Verschulden“ iSd § 88 Abs 2 StGB zu unterscheiden ist, ist jener Schuldbegriff maßgebend, der nach §§ 32 ff StGB die Grundlage für die Strafbemessung bildet.

Dieser umfasst das vom Verdächtigen verwirklichte deliktstypische Handlungsunrecht, das verschuldete Erfolgsunrecht, die als Gesinnungsunwert bezeichnete täterspezifische Schuld und darüber hinausgehend alle für die Bestimmung der Strafe sonst noch bedeutsamen Umstände iSd § 32 ff StGB, somit Faktoren vor, nach und neben der Tatbestandserfüllung. Die Bewertung dieser Kriterien erfolgt dabei durch eine Gesamtbetrachtung aller nach Lage des konkreten Falls maßgeblichen Kriterien.

Zutreffend weist die Generalprokuratur darauf hin, dass bei Delikten mit geringeren Strafobergrenzen angesichts des vom Gesetzgeber solcherart zum Ausdruck gebrachten geringeren sozialen Störwertes die Schwelle für die Bejahung des Vorliegens einer nicht als schwer anzusehenden Schuld iSd § 198 Abs 2 Z 2 StPO niedriger anzusetzen ist als bei einem mit einer höheren Strafe bedrohten Vergehen oder Verbrechen. Beim Vergehen der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 StGB kommt daher eine diversionelle Erledigung dann nicht in Betracht, wenn ein gravierender Sorgfaltsverstoß vorliegt, der einen Schadenseintritt mehr als wahrscheinlich erscheinen lässt, und die Tat im Übrigen mit einem erheblichen sozialen Störwert einhergeht.

Gerade solche Umstände liegen aber im konkreten Fall vor: Der alkoholisierte Täter schüttete dem Opfer, die ihn aufgrund der Beschwerden anderer Lokalgäste bloß gebeten hatte, sich leiser zu unterhalten, – nachdem er sie schon zuvor mit unflätigen Worten beschimpft hatte – zweimal den Inhalt seines Bierglases gegen das Gesicht. Durch das Zerschlagen des Glases am Kinn erlitt das Tatopfer multiple Schnittverletzungen im Gesicht. Bei der Monate später erfolgten gerichtsmedizinischen Untersuchung waren im Kinnbereich rechtsseitig Narben mit einer Länge von 1 bzw 1,5 cm sichtbar, die vom Sachverständigen als noch an sich leichte Körperverletzung bewertet wurden.

Angesichts der vollkommenen grundlosen Aggressionshandlung, die sich einer vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung annähert, der dabei vorhersehbaren Nähe eines Schadenseintritts, des nicht bloß geringfügigen verschuldeten Erfolgsunrechts und vor allem der sich in den gesamten Umständen der Tat konkretisierenden, gravierenden täterspezifischen Schuld erreichen Handlungs- und Gesinnungsunwert vorliegend insgesamt eine Unwerthöhe, die als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist, und die auch nicht durch das von der Generalprokuratur ins Treffen geführte Nachtatverhalten des Verurteilten gemindert werden kann. Bei einer

übergreifenden Gesamtbewertung aller maßgeblichen Kriterien ergibt sich somit, dass die Schuld des Täters im konkreten Fall als schwer zu qualifizieren ist, sodass sich die vom Schuldspruch umfasste Tat – auch im Hinblick auf den nicht unerheblichen sozialen Störwert – nicht für eine diversionelle Erledigung eignet. [...]“

6. Abgrenzung zu anderen Bestimmungen, die auf die Schwere der Schuld abstellen

6.1. § 42 StGB alt: Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat

6.1.1. Grundsätzliches

Obwohl § 42 StGB alt nicht mehr geltendes Recht ist, wird aufgrund der Dreiteilung des Schuldbegriffes in eine schwere, nicht schwere und geringe Schuld, auf § 42 StGB alt im folgenden Kapitel genauer eingegangen. An die Stelle des aufgehobenen § 42 StGB alt tritt die Einstellung wegen Geringfügigkeit gem § 191 StPO. Da auch § 191 StPO – wie auch § 42 StGB alt – ein Geringfügigkeitskorrektiv enthält, ist zumindest in Ansätzen jedenfalls die zu § 42 StGB alt ergangene Judikatur heranzuziehen.²²⁰

Ein wesentlicher Punkt der Strafrechtsreform 1975 war die Verankerung des Grundsatzes „minima non curat praetor“. Die dafür im § 42 StGB alt²²¹ gefundene Lösung stellte auf „besonders leichte Fälle“ ab, bei denen wegen der Geringfügigkeit des durch die Tat ausgelösten Störwerts kein Strafbedürfnis bestand, also die Strafwürdigkeit der an sich strafbaren Handlung bis unmittelbar an den Nullpunkt herabsank.²²²

Unter § 42 StGB alt fielen Bagatellfälle, das sind Fälle, die aufgrund des Vorliegens der Voraussetzungen des § 42 StGB alt einzustellen waren. Sinn und Zweck war es, den Beschuldigten nicht zu kriminalisieren und durch ein Absehen vom Unwerturteil eines Schuldspruches, welcher die negative Folge der Eintragung ins Strafregister vermied, die Unbescholtenheit des Beschuldigten zu erhalten.²²³

²²⁰ Schroll, WK-StPO § 191 Rz 59.

²²¹ § 42 StGB alt: Ist die von Amts wegen zu verfolgende Tat nur mit Geldstrafe, mit nicht mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe oder mit einer solchen Freiheitsstrafe und Geldstrafe bedroht, so ist die Tat nur strafbar, wenn 1. Die Schuld des Täters gering ist, 2. die Tat keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat oder, sofern sich der Täter zumindest ernstlich darum bemüht hat, die Folgen der Tat im wesentlichen beseitigt, gutgemacht oder sonst ausgeglichen worden sind und 3. eine Bestrafung nicht geboten ist, um den Täter von strafbaren Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken. (§ 42 StGB geändert durch Art I Z 5 StRÄG 1987); Aufgehoben durch das StrÄG 2008; nunmehr: § 191 StPO Einstellung wegen Geringfügigkeit.

²²² Schroll, WK² § 42 Rz 1.

²²³ Schroll, WK² § 42 Rz 1.

Ein weiterer Zweck des § 42 StGB alt war die Justiz vom untersten Kriminalitätsbereich zu entlasten, indem Verdächtige nicht kriminalisiert wurden, wenn es am öffentlichen Strafbedürfnis fehlte.

Die Rechtsnatur des § 42 StGB alt war umstritten. Eine eindeutige dogmatische Einordnung gab es weder vor noch nach dem StRÄG 1987. Seit der ein Reueverhalten nach der Tat ausdrücklich berücksichtigenden Neufassung des § 42 StGB alt durch das StRÄG 1987 wurde diese Bestimmung als sachlicher oder persönlicher Strafausschließungsgrund, Strafausschließungsgrund besonderer Art, kombinierter Strafaufhebungs- und Strafausschließungsgrund oder als Rechtsfigur sui generis, oder Strafzumessung zum Nullpunkt bezeichnet.²²⁴

Diese Vorschrift stellte auf die Wiedergutmachung der „Folgen der Tat“ ab und bezog spezial- und generalpräventive Feststellungen zum Ausschluss der „Bestrafung“ ein, formulierte jedoch anstelle einer Strafzumessungsvorschrift (Absehen von Strafe oder Strafmilderung) einen besonderen Strafaufhebungsgrund.²²⁵

Umstritten war, ob § 42 StGB alt als Diversionsform anzusehen war. Für *Schroll* entsprach § 42 StGB alt einer schlichten, nicht intervenierenden Diversionsmaßnahme.²²⁶ Anders dagegen *Schütz*, der der Ansicht war, dass § 42 StGB alt als materiellrechtlicher Strafbefreiungsgrund nicht als „schlichte“ Diversionsmaßnahme anzusehen war.²²⁷ *Burgstaller* sah § 42 StGB alt dogmatisch als diversionsnahes Rechtsinstitut, das materiell seine Bedeutung gegenüber den Diversionsmöglichkeiten verlor und zwar betraf das insb massenweise begangene Kleinkriminalität, wie Ladendiebstähle, für die *Burgstaller* forderte, dass ein folgenloser Verzicht auf Schuldspruch und Strafe (§ 42 StGB alt) auf bes Ausnahmekonstellationen beschränkt werde.²²⁸

Burgstaller war ebenfalls der Meinung, dass die Folgenausgleichsvariante des § 42 StGB alt inhaltlich sogar dem engeren Begriff von Diversion entsprach. Er relativiert die materiellrechtliche Strafbefreiung und sagte, dass die *Folgenausgleichsvariante des § 42 StGB alt* zwar nicht als Diversionsregelung, aber als diversionsnahe Regelung aufzufassen sei und sie als solche in die weiteren Überlegungen mit einzubeziehen war.²²⁹

²²⁴ *Schroll*, WK² § 42 Rz 2.

²²⁵ *Wolter/Freund*, Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem (1996) 23.

²²⁶ *Schroll*, WK² § 42 Rz 3.

²²⁷ *Schütz*, Diversionsentscheidungen 2.

²²⁸ *Burgstaller*, in *Miklau/Schroll*, Diversion 14.

²²⁹ *Burgstaller*, Perspektiven 131.

§ 42 StGB alt wurde als Modellversuch herangezogen und vor Einführung der Diversion als „Außergerichtlicher Tatausgleich“ konzipiert, welcher aber als Grundlage eines Tatausgleichs aus diesem Grund ungeeignet war, weil diese Vorschrift einen dem materiellen Strafrecht angehörenden Strafausschließungsgrund beinhaltete, deren Anwendung zu einer echten Entkriminalisierung führte. Ein Tatausgleich ist für *Hinterhofer* allein dem Prozessrecht zuzuordnen.²³⁰

Schroll meint, dass die entkriminalisierende Wirkung dieser Diversionsform eine bloß eingeschränkte sei, da die grundsätzliche Strafbarkeit des der Entscheidung nach § 42 StGB alt zugrunde liegenden Delikts unangetastet bleibe und lediglich die auf die Persönlichkeit des Beschuldigten abstellende Bewertung des Einzelfalls zu einer Strafbefreiung führe. *Schroll* ist weiters der Ansicht, dass die Anwendung des § 42 StGB alt den Beschuldigten von jeglicher strafrechtlichen Verantwortlichkeit befreie und damit keinen Raum mehr für einen Schuldvorwurf ließe, bei dem wegen der Geringfügigkeit bloß von Strafe abgesehen wird, wie etwa im § 12 JGG.²³¹

Wie bei einem diversionellen Vorgehen war § 42 StGB alt unabhängig von der Beweislage wahrzunehmen, daher war es nicht nötig, den bereits bestehenden Verdacht einer Straftat, auf welche die Voraussetzungen dieses Strafbefreiungsgrundes jedenfalls zuträfen, durch zusätzliche Erhebungen zu enthärten. Weiters durfte ein Urteil, indem ein Freispruch nach § 42 StGB alt ausgesprochen wurde, daher keinen einem Schuldausspruch gleichkommenden Ausspruch beinhalten, denn es würde der Unschuldsvermutung des Art 6 Abs 1 MRK widersprechen, wenn die Feststellung in einer freisprechenden Entscheidung lauten würde, dass der Verdächtige tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt habe.

§ 42 StGB alt war bei Straftaten anzuwenden, die entweder nur mit Geldstrafe oder aber mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit einer solchen Freiheitsstrafe und mit Geldstrafe bedroht waren. Die Strafbefreiung trat nur ein, wenn die Schuld des Beschuldigten gering war. Dieses Geringfügigkeitskorrektiv orientierte sich nach der hM am Schuldbegriff der Strafzumessung.²³² Das Gewicht der zu beurteilenden Einzeltat muss hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Schuld- und Unrechtsgehalt erheblich zurückbleiben, und die Schuld muss absolut und im Vergleich

²³⁰ *Hinterhofer*, Diversion 2.

²³¹ *Schroll*, WK² § 42 Rz 3.

²³² Vgl Kapitel 4.2.

zu den typischen Fällen der jeweiligen Deliktsverwirklichung geringfügig sein.²³³ Entscheidend ist einerseits der das tatbestandsmäßige Unrecht mitbestimmende Handlungsunwert, andererseits der Gesinnungsunwert, welcher das Ausmaß der deliktstypischen Strafzumessungsschuld ebenfalls entscheidend prägt. Die Schuld ist gering, wenn entweder der Handlungsunwert oder der Handlungs- und der Gesinnungsunwert insgesamt als gering einzustufen sind. Ursprünglich sollten nach Auffassung des OGH beide Komponenten kumulativ gering sein, doch das änderte sich, und der OGH stellt nun auf die durch Handlungs- und Gesinnungsunwert gebildete Unwertgesamtheit ab, sodass ein höherer Handlungsunwert durch einen besonders geringen Gesinnungsunwert kompensiert werden kann.

Nach hA umfasst der Begriff der Folgen nicht bloß den tatbestandsmäßigen Erfolg, sondern alle Auswirkungen der Tat, die vom Beschuldigten verschuldet wurden. Dieser Ansatz ist allerdings sehr weit gefasst, denn nach *Schroll* können als Folgen iSd § 42 StGB alt nur jene Auswirkungen des strafbaren Verhaltens angesehen werden, die einen insb vom Opfer oder der Allgemeinheit spürbaren sozialen Störwert entfalten und die einen unmittelbaren Bezug zum tatbildlichen Erfolg haben.²³⁴ Der Erfolgsunwert wurde ausschließlich von § 42 Abs 2 StGB alt erfasst und hat daher außer Betracht zu bleiben.²³⁵ Begründet kann die geringe Schuld sowohl in den persönlichen Eigenschaften des Täters als auch in den Umständen sein, unter denen die Tat begangen wurde.²³⁶

Schroll weist darauf hin, dass auch Deliktsqualifikationen, die einen weit über dem Grunddelikt liegenden Strafraumen haben, in den abstrakten Einzugsbereich der mangelnden Strafwürdigkeit fallen oder aber die Strafdrohungen selbst der Grund- und Qualifikationsumstände – gerade im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte – weit unterhalb des im § 42 StGB alt vorgegebenen Einzugsbereichs einer Freiheitsstrafe von drei Jahren liegen und dies zumeist unbeachtet bleibt.²³⁷ Er meint, dass sich die geringe Schuld iSd § 42 Z 1 StGB alt nicht nur am Strafraumen des konkreten Delikts, sondern auch an den Grenzen des Anwendungsbereichs der mangelnden Strafwürdigkeit der Tat orientieren, mit denen das Gesetz auch den Rahmen eines theoretisch möglichen geringen Unrechts- und Schuldgehalts vorgibt. Dies gilt vor allem bei den

²³³ *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch⁸ (1992) § 42 Rz 14; vgl auch 14 Os 89/89.

²³⁴ *Schroll*, WK² § 42 Rz 33.

²³⁵ *Leukauf/Steininger*, StGB⁸, § 42 Rz 14;

²³⁶ *Leukauf/Steininger*, StGB⁸, § 42 Rz 16.

²³⁷ *Schroll*, WK² § 42 Rz 28.

Fahrlässigkeitsdelikten (insb § 88 StGB), denen Vorsatztaten (etwa bei der Körperverletzung §§ 83, 84 StGB) gegenüberstehen, die gleichfalls einer schlichten Diversion nach § 42 StGB alt unterliegen.²³⁸

Die Voraussetzung der geringen Schuld des Beschuldigten gemäß § 42 Z 1 StGB, wie oben schon näher ausgeführt, orientiert sich an der Strafzumessungsschuld iSd § 32 StGB. Das bedeutet, dass gemäß § 32 Abs 3 StGB das jeweils verwirklichte Handlungsunrecht zum Gradmesser der Schuld gemäß § 42 Z 1 StGB wird.²³⁹ Die Z 1 des § 42 StGB alt bringe nichts – so der OGH – wenn die Schuld des Bagatelltäters normalerweise schon durch das Unrecht als geringfügig gekennzeichnet wird, weil es dann keiner eigenen Prüfung der Geringfügigkeit der Schuld bedürfe, die der Gesetzestext jedoch vorschreibt. *Moos* geht daher zu Recht davon aus, dass die Z 1 den Sinn hat, die Geringfügigkeit des Unrechts in sich aufzunehmen, und weiters die Schuld als eigenen Steigerungsbegriff für beachtlich zu erklären, wenn die konkrete Schuldschwere auf der Basis des geringen Unrechts deutlich über dem Normalniveau der Bagatellschuld liegt. Das bedeutet, dass der Unrechtsgehalt der Tat somit auf dem Weg über die Tatschuldbewertung in die Strafwürdigkeitsüberlegung miteinfließt.²⁴⁰ Obwohl das Unrecht geringfügig ist, ist die Schuld nicht gering. Und aus diesem Grund schließt *Moos*, dass bei gravierenden negativen Gesinnungsmerkmalen, wie zB Unbelehrbarkeit, Rückfall, Gemeinheit, Rücksichtslosigkeit, Ausnutzung von Notlagen usw, trotz geringen Unrechtsgehalts der Bagatelltat die Z 1 nicht erfüllt und § 42 StGB alt unanwendbar ist.²⁴¹ „Das Unrecht besteht begrifflich unabhängig von der Schuld, nicht aber umgekehrt. Der Schuldvorwurf muss vom Unrecht getragen sein, andernfalls kommt es zum Gesinnungsstrafrecht.“²⁴²

Moos kommt daher zu dem Schluss, dass, wenn „geringe Schuld“ in § 42 Z 1 StGB alt „geringes Unrecht“ bedeutet, umgekehrt bei „nicht geringem Unrecht“ die geringe Schuld belanglos zu sein scheint. Er kommt damit weiters zu dem Ergebnis, dass § 42 Z 1 StGB alt anwendbar ist 1. bei leichtem Unrecht und nicht schwerer Schuld und 2. bei mittlerem Unrecht, aber besonders leichter Schuld. § 42 Z 1 StGB alt ist hingegen nicht anwendbar 1. bei leichtem Unrecht, aber schwerer Schuld und 2. bei schwerem Unrecht trotz leichter Schuld.²⁴³

²³⁸ *Schroll*, WK² § 42 Rz 28.

²³⁹ *Schroll*, WK² § 42 Rz 11.

²⁴⁰ *Schroll*, WK² § 42 Rz 11.

²⁴¹ *Moos*, in FS Platzgummer 87.

²⁴² *Moos*, in FS Platzgummer 88.

²⁴³ *Moos*, in FS Platzgummer 89.

Moos stellt beim Verhältnis der Schuld zum Erfolgsunrecht in § 42 StGB alt die Frage, ob es richtig sein kann, die Feststellung ihrer Geringfügigkeit in § 42 StGB alt vom konkreten Erfolgsunrecht zu lösen, wie es die hM tut. Moos ist der Ansicht, dass die Art und das Maß dieses Tatenrechts sich in der Gesinnungsschuld des Täters widerspiegeln, denn das ist der Sinn der Tatschuld. Für ihn folgt daher: Ist das Unrecht nur geringfügig, so ist auch die Schuld an sich nur entsprechend gering. Ist das Unrecht hoch, so ist auch die Schuld an sich groß. Ein Mörder trägt somit immer hohe Schuld, ein Dieb kleinere Schuld, ein kleinerer Dieb noch kleinere Schuld. Einem Bagatelldieb ist von vornherein nur relativ „geringe Schuld“ zuzurechnen.

Folgende Umstände indizieren nach der Jud eine geringe Schuld:

Herabgesetzte Zurechnungsunfähigkeit, insb altersbedingter Persönlichkeitsabbau²⁴⁴ oder jugendliche Unreife²⁴⁵, geringe deliktische Intensität in Form bloß untergeordneter Tatbeteiligung²⁴⁶, uneigennütziges Handeln zugunsten eines Dritten²⁴⁷, Provokation durch das Opfer²⁴⁸, Unbescholtenheit²⁴⁹, dilettantisches Vorgehen als Ausdruck geringer krimineller Energie²⁵⁰, durch Untätigkeit von Behörden verursachte wirtschaftliche Zwangslage²⁵¹, objektive, nicht selbst verschuldete Notlage^{252, 253}.

Bei folgenden Umständen hat der OGH eine geringe Schuld verneint:

Beim versuchten Diebstahl einer Tageszeitung aus einem Selbstbedienungs-Zeitungsständer durch einen Täter, der zwar unbescholten ist, aber ein nicht unbeträchtliches Einkommen bezieht, sich daher keineswegs in einer wirtschaftlich bedrängten Lage befand und sich demnach nicht eine Sache ohne Bezahlung zueignen wollte, deren ordnungsgemäße Anschaffung seine finanziellen Möglichkeiten überstieg, sodass es an einem bloß geringen Gesinnungsunwert fehlt²⁵⁴, ebenso bei

²⁴⁴ RZ 1990/34, EvBl 1986/82.

²⁴⁵ SSt 54/25.

²⁴⁶ SSt 60/78, 11 Os 98/89.

²⁴⁷ SSt 50/45 = EvBl 1980/7.

²⁴⁸ JUS 1990/6/458, JBI 1986, 599; grundsätzlich auch EvBl 1984/51.

²⁴⁹ Als zumindest ein Element einer geringen Schuld: EvBl 1990/92 = JBI 1991, 124; vgl auch SSt 50/45 = EvBl 1980/7.

²⁵⁰ JBI 1994, 423, ZVR 1991/147.

²⁵¹ SSt 59/78.

²⁵² JBI 1994, 423, ZVR 1991/147, SSt 60/38 = EvBl 1989/171.

²⁵³ Vgl Schroll, WK² § 42 Rz 22.

²⁵⁴ OGH 21.11.1989, 14 Os 109,110/89.

der versuchten Entwendung eines billigen Weckers durch eine nicht mittellose Studentin²⁵⁵, bei der versuchten Entwendung einer kosmetischen Creme durch eine gleichfalls nicht mittellose 40-jährige Frau²⁵⁶ und beim versuchten Diebstahl eines Damenrocks, den die Täterin beim Passieren der Kasse unter der Bluse versteckt hatte²⁵⁷. Weiters wurde geringe Schuld bei Teilnahme am öffentlichen Verkehr mit einem weder betriebssicheren noch haftpflichtversicherten Kfz wegen der erhöhten Unfallgefahr und der Folgen für den Betroffenen verneint^{258, 259}.

6.1.2. Das Verhältnis zu § 141 StGB

Die Schuld des Beschuldigten iSd § 42 Z 1 musste nach der hM absolut und im Vergleich zu den typischen Fällen des jeweiligen Delikts gering sein. Dh man orientiert sich nach dieser Auffassung am Grunddelikt. Der Maßstab für die Geringfügigkeit des Diebstahls ist der „durchschnittliche“ Diebstahl. Bei der Prüfung des Handlungsunwerts bei Vermögensdelikten ist entscheidend, auf welchen Warenwert sich der Vorsatz des Täters bezieht. Oft wurden dafür die Geringfügigkeitsgrenzen des § 141 StGB (Entwendung) auf § 42 StGB alt übertragen.²⁶⁰ *Schwaighofer* meint, dass ein Handlungsunwert, welcher so niedrig ist, dass er die Anwendung des § 141 StGB zuließe, zugleich auch gering iS des § 42 StGB alt ist und daher nach derzeitiger Rechtsprechung und Rechtslage nicht bloß zur Privilegierung (§ 141 StGB), sondern sogar zur Straflosigkeit (§ 42 StGB alt) führen könnte.²⁶¹ Hingegen sind die Voraussetzungen für den Gesinnungsunwert in § 141 StGB im Vergleich zu § 42 StGB alt genauer umschrieben: § 141 StGB verlangt nämlich ein Handeln aus Not, Unbesonnenheit oder zur Befriedigung eines Gelüstes. Der Erfolgsunwert misst sich bei § 141 StGB durch den geringen Wert der entzogenen Sache und bei § 42 Z 2 StGB alt mussten die Folgen unbedeutend sein oder (schwerere Folgen) ausgeglichen worden sein.²⁶²

²⁵⁵ OGH 13.9.1989, 14 Os 106/89 nv.

²⁵⁶ OGH 21.11.1989, 15 Os 101/89 nv.

²⁵⁷ OGH 19.9.1989, 11 Os 98/89 nv.

²⁵⁸ LSK 1979/240.

²⁵⁹ *Fabrizy*, StGB⁹, § 42 Rz 6a.

²⁶⁰ *Schwaighofer*, JBI 1997, 156.

²⁶¹ *Schwaighofer*, JBI 1997, 156.

²⁶² *Schwaighofer*, JBI 1997, 158.

6.1.3. Das Verhältnis zu § 88 Abs 2 StGB

Es wurde die Ansicht vertreten, dass § 42 StGB alt bei (fahrlässig herbeigeführten leichten) Körperverletzungen von der ähnlich lautenden Bestimmung des § 88 Abs 2 Z 4 StGB verdrängt werde. Zuerst setzte sich die Ansicht durch, dass beide Bestimmungen nebeneinander für verschieden Fälle Geltung haben, da bei geringem Verschulden und einer drei Tage nicht übersteigenden Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit die fahrlässige Körperverletzung nach § 88 straflos bleibt. Wenn die körperliche Beeinträchtigung dieses Ausmaß übersteigt, so kommt § 42 StGB alt zur Anwendung.²⁶³ Der OGH hat letztlich entschieden, dass Körperverletzungen mit unbedeutenden Folgen iSd § 42 Z 2 StGB nur Beeinträchtigungen von nicht mehr als dreitägiger Dauer (§ 88 Abs 2 Z 4) sind. Sind die Verletzungsfolgen schwer (§§ 84 Abs 1, 85) kommt es zu keiner Anwendung des § 42 StGB²⁶⁴.²⁶⁵ Nachdem § 88 Abs 2 StGB die unterste Grenze der Straffreiheit definiert, innerhalb der selbst bei einem durchschnittlichen fahrlässigen Verschulden die Herbeiführung der Verletzung straffrei bleibt, umso mehr kann daher bei einem geringen Verschulden gem § 42 Z 1 StGB alt auch eine länger als drei Tage dauernde Verletzung als noch unbedeutende Folgen angesehen werden.

Leukauf/Steininger genügt es für die Annahme geringer Schuld iS § 42 Z 1 StGB alt nicht, dass den Täter bloß kein schweres Verschulden iS § 88 Abs 2 StGB trifft, sondern es muss vielmehr ein Sorgfaltsverstoß vorliegen, dessen Gewicht im Vergleich zu den Durchschnittsfällen der Deliktsverwirklichung deutlich abfällt.²⁶⁶

Ich bin ebenfalls der Meinung, dass auch eine über drei Tage liegende Körperverletzung aufgrund dessen, dass Gesundheitsschäden durch das Sozialversicherungssystem weitgehend abgedeckt werden, als noch geringfügig iSd § 42 Z 2 StGB alt angesehen werden kann.

Diese Meinung vertritt auch *Schwaighofer*, der davon ausgeht, dass § 42 StGB alt bei einer Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit von der Dauer bis zu etwa einer Woche anwendbar ist, ohne dass die Folgen ausgeglichen werden müssen, da die Z 2 des § 42 StGB alt durch das StRÄG 1987 erweitert wurde, ohne dass der erste Fall irgendeine Änderung erfahren hätte und daher dieser erste Fall weiterhin als Strafausschlussgrund zu verstehen ist und der zweite Fall als besonderer

²⁶³ RZ 1977/9.

²⁶⁴ SSt 60/65 = EvBl 1989/189.

²⁶⁵ *Fabrizy*, StGB⁹, § 42 Rz 8a.

²⁶⁶ *Leukauf/Steininger*, StGB⁸ § 42 Rz 21.

Strafaufhebungsgrund; keinesfalls war mit der Ausweitung des § 42 StGB alt durch Einführung des zweiten Falls eine Einschränkung des anderen Falls beabsichtigt.²⁶⁷

Im Fall der E 14 Os 89/89²⁶⁸, in dem eine Lenkerin beim Linksabbiegen den Vorrang des entgegenkommenden Radfahrers missachtete, weshalb es zu einer Kollision kam und der Radfahrer verletzt wurde (es handelte sich um eine an sich schwere Körperverletzung) entschied der OGH, dass geringe Schuld im Sinne des § 42 Z 1 StGB alt nach ständiger Rsp voraussetzt, dass das Gewicht der Einzeltat hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Schuld- und Unrechtsgehalt erheblich zurückbleibt. Die Schuld des Täters muss absolut und im Vergleich zu den typischen Fällen der jeweiligen Deliktsverwirklichung geringfügig sein. Es genügt daher im Rahmen fahrlässigen Täterverhaltens (hier: fahrlässige schwere Körperverletzung) nicht, dass den Täter bloß kein schweres Verschulden (§ 88 Abs 2 StGB) trifft, sondern es muss ein Sorgfaltsverstoß vorliegen, dessen Gewicht im Vergleich zu den Durchschnittsfällen der Deliktsverwirklichung deutlich abfällt. Der OGH vertrat die Ansicht, dass es für eine Minderung persönlicher Vorwerfbarkeit fahrlässigen Verhaltens spräche, wenn die erkennbare Gefahr des Schadenseintritts nicht allzu hoch war. Allerdings impliziert das umgekehrt, dass geringe Schuld umso weniger in Betracht kommt, je wahrscheinlicher die Rechtsgutbeeinträchtigung wird. Im oben genannten Fall wurde die Schuld der Lenkerin als nicht gering eingestuft.

6.1.4. Die Entscheidung des OGH 14 Os 109,110/89

Anlass für die Diskussion um die geringe Schuld des § 42 StGB alt war das Urteil 14 Os 109,110/89²⁶⁹. In dieser Entscheidung stellte der OGH fest, dass ein versuchter Diebstahl einer Tageszeitung aus einem Zeitungsverkaufsständers am Straßenrand normalerweise keine straflose Bagatelle nach § 42 StGB alt ist. Das Maß des konkret verwirklichten Unrechts sei zwar gering, das Maß der Schuld eines Gelegenheitstäters erlaube aber noch keine Strafbefreiung, wenn es nicht hinter der normalen Schuld eines Diebstahls zurückbleibe, sondern dieses vielmehr erfülle. Und obwohl der Handlungsunwert in diesem Fall geradezu Null sei, vertrat der OGH die Ansicht, dass der Gesinnungsunwert nicht minder wichtig sei, als der Handlungsunwert. Der Gesinnungsunwert des Zeitungsdiebstahls sei nicht gering, weil das Einkommen des Täters hoch genug wäre, dass er sich die Zeitung hätte leisten können, weil Zeitungen

²⁶⁷ *Schwaighofer*, Zur Anwendbarkeit des § 42 StGB bei Verkehrsunfällen - eine kritische Analyse der E des OGH 14 Os 89/89, ZVR 1990, 99.

²⁶⁸ Siehe Kapitel 5.1.

²⁶⁹ Siehe Kapitel 5.2.

nicht zum lebensnotwendigen Bedarf gehören und weil der Täter dem Kindesalter längst entwachsen und noch nicht senil sei.²⁷⁰

Diese Entscheidung stieß auf heftigen Widerspruch in der Lehre:

Moos war der Ansicht, dass, wenn schon so ein Gelegenheitsdiebstahl, welcher nur versucht wurde, einer Sache derart geringen Wertes, durch eine unbescholtene Person, das vom Gesetzgeber vorausgesetzte Maß der Geringfügigkeit nicht erreiche, ist zu fragen, wann § 42 StGB alt dann überhaupt greifen solle.²⁷¹ Bertel formulierte überspitzt, ob der OGH durch diese Entscheidung § 42 StGB alt, der eine der wichtigsten Neuerungen der Strafrechtsreform von 1975 darstelle, 2 Jahre nachdem sie das StRÄG 1987 ausgebaut hat, aus dem StGB hinausinterpretieren möchte.²⁷²

Wenn man die Anwendung des § 42 StGB alt aus präventiven Gründen nicht gewollt hätte, da es sich um ein Massendelikt oder einen unverbesserlichen oder übel gesonnenen Bagatelltäter handelt, so hätte man mE die Anwendung aus präventiven Gründen ablehnen können. Darauf war aber nach Ansicht des OGH gar nicht einzugehen, da die Schuld für sich selbst, bezogen auf das jeweilige Delikt, „absolut“ gering sein müsse.²⁷³ Und so setzt der OGH bei der geringen Schuld im Sinne der Ziffer 1 „stets voraus, dass das Gewicht der Einzeltat hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Schuld- und Unrechtsgehalt erheblich zurückbleibt“.²⁷⁴

6.1.5. Der Versuch und § 42 StGB alt

Eine Tat kann, wenn sie im Versuchsstadium bleibt, ohne Auswirkungen bleiben und somit meist keine Folgen nach sich ziehen. Dann zieht sie meist keine Folgen nach sich. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang die zivilrechtlich ersatzfähigen Aufwendungen des Geschädigten, wie etwa eine beim Diebstahlsversuch verursachte Beschädigung oder Zerstörung der Verpackung oder die dem Unternehmen anfallenden und dem Beschuldigten anteilig zuzurechnenden, zivilrechtlich ersatzfähigen Aufwendungen des Geschädigten, wie zB die Detektivkosten, als aus

²⁷⁰ Bertel, Geringe Schuld bei Bagatelldiebstählen (§ 42 Z 1 StGB), ÖJZ 1990, 799.

²⁷¹ Moos, in FS Platzgummer 72.

²⁷² Bertel, ÖJZ 1990, 800.

²⁷³ EvBI 1990/92: „Die Schuld des Täters muss absolut und im Vergleich zu den typischen Fällen der jeweiligen Deliktsverwirklichung gering sein.“ Diese Formel stimmt fast wörtlich mit der Formel in der Begründung der Regierungsvorlage 1971, 140 überein (= Dokumentation zum Strafgesetzbuch, 1974, 95: „Auch die Schuld des Täters muss absolut, aber auch im Vergleich zu den typischen Fällen des Delikts, gering sein.“).

²⁷⁴ EvBI 1990/92.

der Tat resultierenden und den Geschädigten treffenden Folgen.²⁷⁵ *Schroll* meint, dass bei Zahlung derselben durch den ertappten Ladendieb insoweit ein Tatfolgenausgleich zustande kommt.²⁷⁶ Doch die Schuld wird mE nicht geringer, wenn die entstandenen Detektivkosten bezahlt werden, denn mit oder ohne Bezahlung liegt eine schuldhaft Handlung vor und ein Ausgleich der durch die Tat verursachten Folgen stellt keinen Strafbefreiungsgrund dar.²⁷⁷

6.1.6. Blebschäden aus Verkehrsunfällen

Ein Blebschaden bei einem Verkehrsunfall mit Verletzten stellt eine außertatbestandsmäßige und durch Pflichtversicherung wiedergutzumachende Auswirkung einer Fahrlässigkeitstat dar. Die Judikatur²⁷⁸ zog einen solchen Blebschaden insoweit in die Folgenbewertung mit ein, als ein „nicht unbedeutender Sachschaden“ bei noch fehlendem Folgenausgleich die Strafwürdigkeit der Tat bestehen ließ.

Schroll äußert sich kritisch zu dieser Judikatur, da er der Ansicht ist, dass Blebschäden aus Verkehrsunfällen weder für das Opfer noch für die Allgemeinheit einen spürbaren sozialen Störwert entfalten, dies deshalb, da der Ersatz dieses Schadens durch den verpflichtend vorgesehenen Versicherungsschutz sichergestellt sei. Dieser Schaden sei auch nicht bloß auf den Versicherer übergewälzt, sondern sei dessen Risiko der Schadenstragung, da der Versicherte den Versicherungsvertrag abgeschlossen habe und dieser mit Prämienzahlungen abgegolten wurde. *Schroll* vertritt die Ansicht, dass diese Schäden nur dann einen sozialen Störwert entfalten und gem § 191 Abs 1 StPO beachtlich seien, wenn der Versicherungsnehmer die Mitwirkung an der Schadensmeldung und -ermittlung verzögere, hintertreibe oder überhaupt kein Versicherungsschutz bestehe.²⁷⁹

Daher sind Blebschäden bei einem Verkehrsunfall mit Verletzten insoweit nicht beachtlich, sofern sie durch eine vom Beschuldigten abgeschlossene Haftpflichtversicherung abgedeckt sind.

Hingegen ist *Presslauer* der Ansicht, dass die Tatsache nicht außer Betracht zu lassen ist, dass das Opfer während der Reparaturzeit kein Auto zur Verfügung hat und das Auto durch den Schaden als „Unfallauto“ tituliert wird und dadurch bei einer etwaigen

²⁷⁵ *Burgstaller*, Ladendiebstahl 61, L/St § 42 Rz 29, *Schroll*, ÖJZ 1989, 42; ablehnend *Schwaighofer* JBl 1997, 158.

²⁷⁶ *Schroll*, WK² § 42 Rz 42.

²⁷⁷ Vgl *Schroll*, WK² § 42 Rz 43.

²⁷⁸ SSt 56/99.

²⁷⁹ *Schroll*, WK² § 42 Rz 42.

Veräußerung erheblich an Wert verliert und dies einen Störwert entfaltet und nicht innerhalb einer im Straßenverkehr tolerablen Sozialadäquanz liegt.²⁸⁰

ME ist in die Folgenbewertung des § 42 StGB alt ein Sachschaden dann nicht miteinzubeziehen, wenn der Ersatz dieses Schadens durch die Versicherung sichergestellt ist und dadurch kein spürbarer sozialer Störwert entsteht.

6.1.7. Zusammenfassung

Vor Inkrafttreten der StPO-Novelle 1999 wurden praktisch die gesamten Diversionsbemühungen im Erwachsenenstrafrecht auf der Grundlage des § 42 StGB alt durchgeführt.

§ 42 StGB alt ermöglichte eine reaktionslose Verfahrensbeendigung. Heute wird das durch § 191 StPO ermöglicht. § 42 StGB alt wurde sehr restriktiv gehandhabt²⁸¹, da er zurückhaltend und fast nur auf bezirksgerichtlicher Ebene mit starken regionalen Unterschieden angewandt wurde, obwohl der Anwendungsbereich bis zur Strafdrohung von 3 Jahren ging.²⁸² ME hatte § 42 StGB alt auch neben der Diversion seine Berechtigung.

Es gibt Fälle, die solche Bagatellfälle sind, wie zB ein Diebstahl einer Wurstsemmel, bei denen es nicht notwendig ist, mittels einer „Sanktion“ einzugreifen. Es gibt Bagatellfälle, bei denen vom Beschuldigten keine Leistung oder Duldung gefordert werden muss, welche die besonderen Umstände der Tat berücksichtigen und die Schwächen des Täters und dem Hintergrund seines „kriminellen“ Verhaltens gerecht werden.

Es sollte aber eine klare Trennlinie (so wie in der Abbildung siehe unten veranschaulicht) zwischen der Anwendung des § 191 StPO und der Diversionsanwendung gem § 198 ff StPO geben, denn es ist nicht einzusehen, dass bei geringfügiger Diebesbeute und den Präventionsbelangen genügenden informellen Sanktionen hingegen § 191 StPO anzuwenden ist und bei geringer Beute, aber nur unbedeutenden Auswirkungen (ertappter Zeitungsdieb ohne bloßstellendes Einschreiten der Sicherheitsbehörde) hingegen eine intervenierende Diversion anzuwenden ist.

²⁸⁰ Vgl. *Presslauer*, ZVR 1992, 192.

²⁸¹ So auch *Zipf*, Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat, ÖJZ 1977, 671: „Im Gerichtshofverfahren wird vom § 42 StGB fast überhaupt nicht Gebrauch gemacht.“

²⁸² *Moos*, JBI 1996, 356.

Gerade wenn es sich um ein Delikt im Bereich der Kleinkriminalität handelt und kein Strafbedürfnis besteht, hat § 191 StPO das selbe Ziel wie eine diversionelle Erledigung, nämlich, dass der Täter, wenn seine Schuld gering respektive nicht schwer ist, zudem die Folgen unbedeutend respektive nachträglich entfallen sind oder ganz fehlen und auch im Hinblick auf die Täterpersönlichkeit und die Allgemeinheit eine Bestrafung nicht erforderlich ist, unbescholten bleibt, nicht verurteilt und nicht im Strafregister eingetragen wird.²⁸³ Die Praxis hingegen zeigt jedoch, dass eine diversionelle Erledigung einen Eingriff insofern darstellt, als dass, wenn bei jemandem eine diversionelle Erledigung durchgeführt wurde, dies eine nochmalige diversionelle Erledigung ausschließt. Obwohl – wie im Kapitel 8.7.4. näher beschrieben – eine bereits rechtskräftig abgeschlossene diversionelle Erledigung ein neuerliches diversionelles Vorgehen prinzipiell nicht ausschließt, bleibt unabstreitbar die Möglichkeit bestehen, dass sich die frühere diversionelle Erledigung bei der Prüfung der einzelnen Diversionsmaßnahmen zu einem Nachteil für den Beschuldigten auswirkt.

Schroll hingegen vertritt die Ansicht, dass wenn den Tatverdächtigen eine bloße geringe Schuld trifft und weder spezial- noch generalpräventive²⁸⁴ Überlegungen eine Bestrafung erfordern, so sollte unter Berücksichtigung der vom Beschuldigten schon verspürten informellen Sanktionen eine weitere judizielle Verfahrensführung auf sich beruhen und das Verfahren ist nach § 42 StGB (jetzt: § 191 StPO²⁸⁵) einzustellen.²⁸⁶ Er erläutert, dass schlichte Diversionsmaßnahmen ein leichtes Verschulden voraussetzen, während intervenierende Diversionsformen hingegen das Fehlen eines schweren Verschuldens voraussetzen.²⁸⁷

Was dabei aber übersehen wird, ist die Tatsache, dass der Begriff der „geringen Schuld“ in § 42 StGB alt als Bedingung für den Verzicht auf jedwede strafrechtliche Reaktion eingesetzt war. Die Übertragung dieses Konzeptes auf die Diversion – bei der aufgrund der einzelnen diversionellen Maßnahmen sehrwohl strafrechtlich reagiert wird

²⁸³ *Roxin*, Zur systematischen Einordnung des § 42 StGB, in FS Pallin 353.

²⁸⁴ Die Generalprävention bereitet oft größere Schwierigkeiten, zumal aufgrund ihrer Unbestimmtheit niemand verlässlich sagen kann, welche Maßnahmen im Einzelfall notwendig sind, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken, denn gerade bei Massendelikten wie dem Ladendiebstahl wird der völlige Verzicht auf eine Sanktion durch Anwendung des § 42 StGB überwiegend als unzulängliche Reaktion und falsches Signal angesehen.

²⁸⁵ Vgl. auch dazu *Schroll*, WK² § 191 Rz 61.

²⁸⁶ *Schroll*, in FS Moos 278; *ders.*, Strafverfahren ohne Strafe 32.

²⁸⁷ *Schroll*, Strafverfahren ohne Strafe 59.

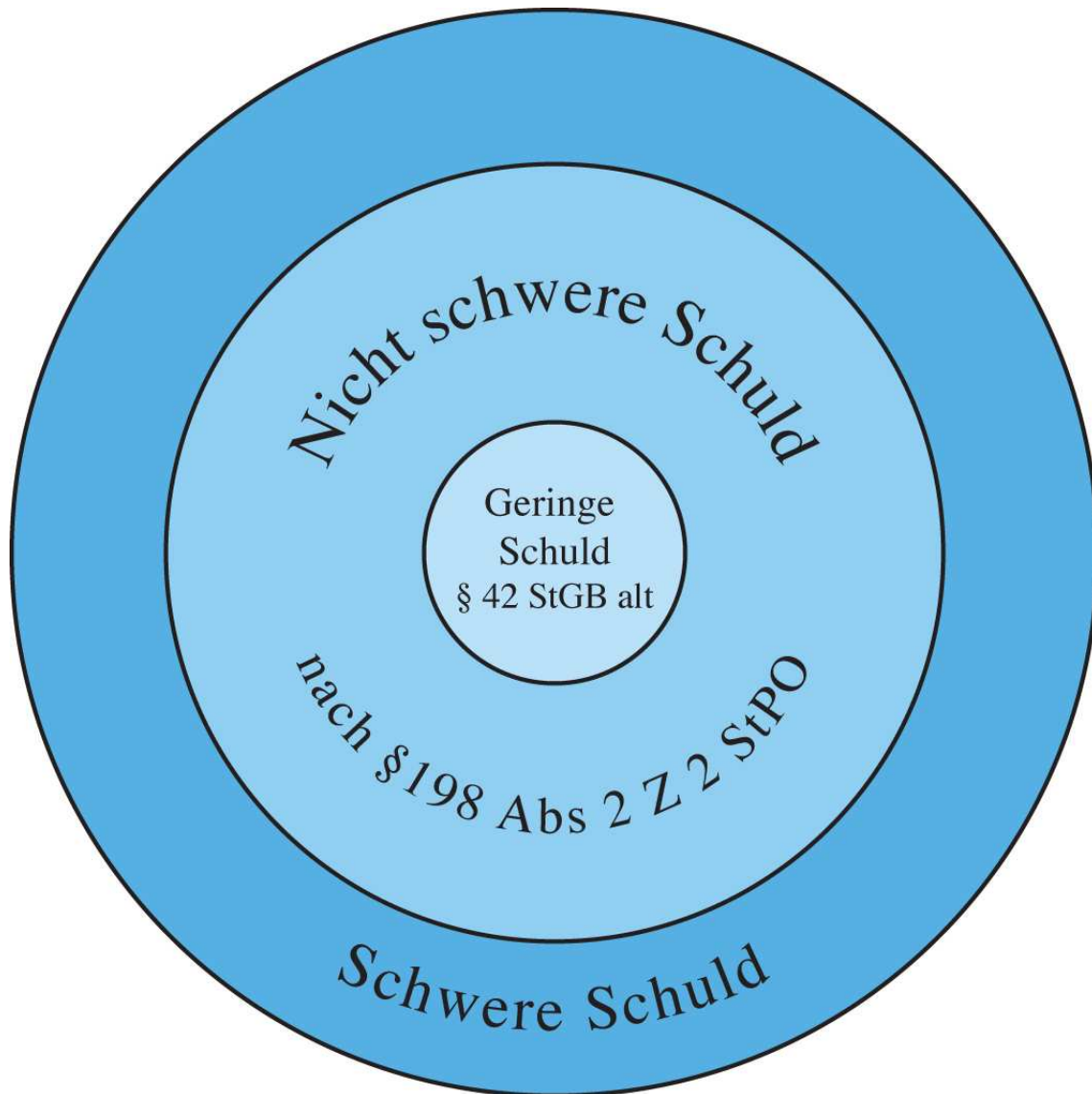
– wäre nach *Burgstaller/Grafl* von der Struktur aus sachwidrig.²⁸⁸ ME ist wie die Grafik in diesem Kapitel zeigt, von einer geringen, einer nicht schweren und einer schweren Schuld auszugehen. Und dies sollte auch klar getrennt werden. Daher ist es wichtig zu unterscheiden, dass es bei § 42 StGB alt eben gerade zu keiner strafrechtlichen Reaktion kam, hingegen es bei der Diversion zu einer strafrechtlichen Reaktion kommt.

Dennoch könnte man die Anwendung des § 42 StGB alt (§ 191 StPO) als Ergänzung zum System diversioneller Erledigungen sehen. *Schütz* denkt da im Speziellen an die Folgeausgleichsvariante nach § 42 Z 2 StGB alt (§ 191 Abs 1 Z 1 StPO), denn ihr Eingreifen ist nach der Rsp bis zum Schluss der Hauptverhandlung in erster Instanz möglich. Hier ist vor allem die Berücksichtigung von Wiedergutmachungsleistungen hervorzuheben, die außerhalb der Diversion oder im Zusammenhang mit einem im Ergebnis gescheiterten Diversionsangebot erbracht worden sind. Nach *Schütz* ist gerade bei leichteren Fällen denkbar, dass nach Erbringung derartiger Leistungen sich der Sachverhalt nunmehr so darstellt, dass die Voraussetzungen des § 42 StGB alt als gegeben angesehen werden können.²⁸⁹

²⁸⁸ *Burgstaller/Grafl*, Fünf Jahre allgemeine Diversion, in FS Miklau 122.

²⁸⁹ *Schütz*, Divisionsentscheidungen 57.

Abbildung 1



6.2. § 191 StPO – Der geringe Störwert der Tat

Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (§ 42 StGB alt) wurde durch das BGBl I 2007/93 aufgehoben und stattdessen ein prozessualer Grund für eine Einstellung gem § 191 StPO eingeführt.

§ 191 StPO regelt die Einstellung wegen Geringfügigkeit. Der StA hat das Verfahren gem § 190 Z 1 StPO einzustellen, wenn die Tat nicht strafbar oder zB wegen

Verjährung nicht verfolgbar ist. Gem § 191 StPO hat der StA das Verfahren einzustellen, wenn der Störwert der Tat gering ist (Z 1) und eine Bestrafung oder eine Diversion weder spezial- noch generalpräventiv geboten erscheint (Z 2). Die Tat bleibt strafbar, sie ist nur nicht verfolgbar, weil sich ihre Verfolgung nach dem Grundsatz „minima non curat praetor“ nicht lohnt.²⁹⁰

Im neuen Abs 2 kann die Einstellung wegen Geringfügigkeit auch durch das Gericht im Hauptverfahren (und zwar nach Rechtswirksamkeit der Anklage) in jeder Lage des Verfahrens angeordnet werden. Dadurch soll klargestellt werden, dass es sich um ein prozessuales Verfolgungshindernis handelt, das auch im Verfahren über einen Einspruch gegen die Anklageschrift oder auf Grund einer Nichtigkeitsbeschwerde wahrzunehmen ist. (§§ 212 Z1, 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO).

Die strafbare Handlung darf nur mit Geldstrafe oder mit einer drei Jahre nicht übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht sein und der Störwert der Tat muss gering sein. Um den Störwert der Tat zu beurteilen, ist eine Abwägung der Schuld, der Folgen der Tat, des Verhaltens des Beschuldigten nach der Tat und weiterer Strafzumessungsumstände vorzunehmen. Der Schadensgutmachung kommt gem § 191 Abs Z 1 besondere Bedeutung zu.

Die Aufzählung in § 191 StPO lässt erkennen, dass in die Schuld nicht die Folgen der Tat hinzugerechnet werden, sondern die Folgen separat beurteilt werden müssen. Auch das Verhalten des Beschuldigten muss unabhängig von der Schuld des Täters gesehen und durch Abwägung beurteilt werden.

Soweit der StA das Verfahren nach § 191 StPO einzustellen hat, ist die weitere Verfolgung aus rechtlichen Gründen unzulässig (§ 190 Z 2, § 108 Abs 1 Z 1 StPO) und die Verurteilung aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen (§ 212 Z 1 StPO). Das Gericht hat § 191 StPO zu prüfen, wenn es über die rechtlichen Verfolgungsvoraussetzungen absprechen muss, weil der Beschuldigte die Einstellung des Verfahrens im Antrag nach § 108 StPO oder im Anklageeinspruch verlangt, das Opfer die Fortführung des Verfahrens mit Antrag nach § 195 StPO verlangt.

Die Voraussetzungen des § 191 StPO sind mit jenen des § 42 StGB alt vergleichbar, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass die Rsp hiezu als richtungsweisend übernommen werden kann.²⁹¹ Dies wird auch in der RV²⁹² festgehalten, nach der die

²⁹⁰ *Fabrizy*, StPO Kurzkommentar¹⁰ (2008) § 191, Rz 1.

²⁹¹ *Fabrizy*, StPO¹⁰, § 191 Rz 5.

²⁹² 231 der Beilagen XXIII. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen Seite 7.

Einstellung wegen Geringfügigkeit exakt in jenem Bereich wirken soll, der im geltenden Recht von der mangelnden Strafwürdigkeit gem § 42 StGB alt erfasst wurde.

6.3. § 88 Abs 2 StGB

§ 88 StGB normiert die fahrlässige Körperverletzung und hat seine praktische Bedeutung vor allem im Straßenverkehr. Er war eine Zeit lang Gegenstand intensiver Überlegungen *de lege ferenda*, wobei es um Ziel und Richtung weiterer Entkriminalisierung ging.²⁹³ Wenn man alle Deliktsfälle zusammenrechnet war § 88 StGB bis zum Inkraft-Treten der Diversionsregelungen am 1.1.2000 insgesamt das Delikt mit den höchsten Verurteiltenzahlen. Diese waren – nach einem Sinken von einem Höchstwert von über 21.000 – im Jahr 1999 noch auf rund 14.000, was einem Anteil von 23% der Verurteilten insgesamt entsprach. 60% fielen auf das Grunddelikt des Abs 1, über 30% auf den ersten Deliktsfall des Abs 4, die Qualifikationen des Abs 3 waren mit 7% und die des zweiten Deliktsfalles des Abs 4 mit 2% vertreten.²⁹⁴ Dies hat sich nach Einführung der Diversionsregelungen entscheidend geändert: Die Zahl der Verurteilten wegen § 88 StGB ist im Jahr 2000 auf 5.300 und im Jahr 2001 auf 3.700 gesunken. Die Diversion wird vor allem bei Fällen des Grunddelikts nach Abs 1 eingesetzt.²⁹⁵ Auch in den Jahren 2006, 2007 und 2008 sank die Anzahl der Verurteilten wegen § 88 StGB. Waren es im Jahr 2006 noch 3.756 Verurteilte wegen § 88 StGB, sank im Jahr 2007 die Zahl auf 3.623 und im Jahr 2008 auf 2.814 Verurteilte.²⁹⁶

6.3.1. Kein schweres Verschulden

§ 88 Abs 2 StGB enthält drei Strafausschließungsgründe, deren Anwendungsbereich auf das Grunddelikt des § 88 Abs 1 beschränkt sind. Das gemeinsame Grunderfordernis dieser Strafausschließungsgründe ist, dass den Täter „kein schweres Verschulden“ trifft. Die Bedeutung dieses Begriffes²⁹⁷ ist: „Schweres Verschulden“ bezeichnet einen qualifizierten Fahrlässigkeitsgrad, welcher von der Unterscheidung in bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit unabhängig ist und der nicht bloß mehr als

²⁹³ Kienapfel/Schroll, Strafrecht - Besonderer Teil I² (2008) 152.

²⁹⁴ Burgstaller, WK² § 88 Rz 6.

²⁹⁵ Burgstaller, WK² § 88 Rz 7.

²⁹⁶ BMI, Sicherheitsbericht 2008 (2009) 427.

²⁹⁷ Dieser Begriff geht auf die Neufassung des § 431 Abs 2 StG durch das StRÄG 1971, BGBl 335, der auch in § 34 Abs 3 FinStrG aufgenommen wurde, zurück.

geringfügige, sondern mehr als durchschnittliche Fahrlässigkeit meint, nämlich eine „auffallende und ungewöhnliche“ Sorglosigkeit.²⁹⁸

Schroll bezeichnet das schwere Verschulden des § 88 Abs 2 StGB als graduell gesteigerte, qualifizierte Fahrlässigkeit, welche mit der Gegenüberstellung von bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit nichts zu tun hat. Er ist der Ansicht, dass der Begriff eher in die Richtung der groben Fahrlässigkeit des Zivilrechts deutet, welcher allerdings spezieller strafrechtlicher Interpretation bedarf.²⁹⁹ Es besteht Übereinstimmung, dass „schweres Verschulden“ einen qualifizierten Fahrlässigkeitsgrad, welcher von der Unterscheidung in bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit unabhängig ist, bezeichnet. Dieser Fahrlässigkeitsgrad meint nicht bloß mehr als geringfügige, sondern mehr als durchschnittliche Fahrlässigkeit, nämlich eine „auffallende und ungewöhnliche Fahrlässigkeit.“³⁰⁰ Unter grober Fahrlässigkeit³⁰¹ wird 1. eine ungewöhnliche und auffallende Sorgfaltswidrigkeit des Täters verstanden und 2. gefordert, dass der Eintritt des konkret herbeigeführten Erfolgs nicht nur als entfernt möglich, sondern als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war. *Burgstaller* kam zu dem Ergebnis, dass diese beiden Merkmale für das Verständnis des „schweren Verschuldens“ sehr wichtig sind, diesen Begriff aber nicht abschließend definieren. Zu diesem Ergebnis kommt man, da sich die Ungewöhnlichkeit des Sorgfaltsverstoßes und die Wahrscheinlichkeit des Erfolgintritts auf ein gesteigertes Fahrlässigkeitsunrecht beziehen, der Begriff des „schweren Verschuldens“ jedoch auch das Ausmaß der Fahrlässigkeitsschuld miteinschließt.³⁰²

Für *Burgstaller* setzt schweres Verschulden voraus, dass Handlungs- und Gesinnungsunwert insgesamt eine Unwerthöhe erreichen, die im Wege einer übergreifenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist. In diese Gesamtabwägung sind nicht nur Wahrscheinlichkeit und Schwere des drohenden Erfolges einzubeziehen, sondern auch die Zahl der verletzten Pflichten und ihr Gewicht, die „Vorsatznähe“ des Verhaltens, Leichtsinn und auffallende Rücksichtslosigkeit des Täters, seine physische (zB Alter, Erkrankung) und psychische Verfassung im Augenblick der Tat, etwaige Verstandesmängel, Wissens- und Erfahrungslücken, Arbeitsüberlastung, familiäre Probleme, Schrecksituationen,

²⁹⁸ *Burgstaller*, WK² § 88 Rz 19; *Kienapfel/Schroll*, BT I², 156; *Leukauf/Steininger*, StGB⁸, § 88 Rz 11.

²⁹⁹ *Kienapfel/Schroll*, BT I², 156.

³⁰⁰ *Burgstaller*, WK² § 88 Rz 19.

³⁰¹ Grundsatz-E des OGH SSt 42/49; veröffentlicht in EvBl 1972/118, RZ 1972, 28, ZVR 1972/58.

³⁰² *Medigovic*, Das neue Delikt der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gemäß § 159 StGB, ÖJZ 2003/9, 162.

Irritierung durch fremdes Verhalten, insb durch Mehrfachreize, ein möglicherweise zu billiger Endzweck des Verhaltens, eine notstandsähnliche Situation und ähnliche Umstände.³⁰³

Die Rsp stellt bei der Prüfung des schweren Verschuldens – neben dem Hinweis auf das Erfordernis einer ungewöhnlichen, auffallenden Sorglosigkeit – zumindest formal meist darauf ab, dass der eingetretene Erfolg dem Täter nicht bloß als entfernt möglich, sondern als wahrscheinlich voraussehbar gewesen ist.³⁰⁴ *Schroll* merkt zu dieser Formel kritisch an, dass sie aus der Vielzahl der für eine solche Gesamtabwägung in Betracht zu ziehenden Fakten nur zwei (wenngleich besonders wichtige) Indikatoren herausgreift. Die strafrechtliche Betrachtung darf sich darauf aber nicht beschränken. Es ist vielmehr eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten konkreten Tatumstände mit Ausnahme des Erfolgs vonnöten.³⁰⁵

Bei der Handhabung des Begriffes des „schweren Verschuldens“ muss eine Gesamtwertung vorgenommen werden³⁰⁶:

- Betrachtet man zunächst die Unrechtskomponente, so setzt schweres Verschulden voraus, dass der objektive Sorgfaltsverstoß, welcher dem Täter angelastet wird und der konkret zu beurteilen ist, als solcher auffallend und ungewöhnlich ist. Die Kriterien dafür, ob in einem bestimmten Fall die Unrechtskomponente des schweren Verschuldens erfüllt ist, sind vor allem der Wahrscheinlichkeitsgrad, mit dem das zu beurteilende Verhalten einen Personenschaden befürchten ließ, sowie die Schwere des drohenden Erfolges. Weiters sind im gegebenen Zusammenhang der soziale Wert und die soziale Üblichkeit des riskanten Verhaltens, Zahl und Gewicht der jeweils verletzten Pflichten sowie die Größe des Aufwandes zu berücksichtigen, der in concreto erforderlich gewesen wäre, um den gesetzten Sorgfaltsverstoß zu vermeiden.
- Die Schuldkomponente des schweren Verschuldens ist noch nicht abschließend geklärt. Wenn die Unrechtskomponente schon vorliegt, begnügt sich die Praxis für die Annahme des schweren Verschuldens insgesamt schon mit den Mindestvoraussetzungen der Fahrlässigkeitsschuld an sich, was das Resultat mit sich bringt, dass das Erfordernis einer für das schwere Verschulden spezifischen Schuldkomponente verneint wird. Eine

³⁰³ *Burgstaller*, WK² § 88 Rz 20 ff.

³⁰⁴ *Burgstaller*, WK² § 88 Rz 20.; *Fabrizy*, StGB⁹ § 88 Rz 3; *Leukauf/Steininger*, StGB⁸ § 88 Rz 11.

³⁰⁵ *Kienapfel/Schroll*, BT I², 156.

³⁰⁶ *Burgstaller*, WK² § 88 Rz 21 ff; *Leukauf/Steininger*, StGB⁸ § 88 Rz 11.

gegensätzliche Auffassung hingegen vertritt *Schick*³⁰⁷, welcher dem Schuldanteil innerhalb des in Rede stehenden Gesamtbegriffes sogar die vorrangige Bedeutung zuerkennen will. Eine Lösung – so *Burgstaller* – wäre wohl in der Mitte zu suchen, denn das Gesamturteil des „schweren Verschuldens“ verlangt zwar einerseits keinen besonders gesteigerten Schuldunwert i.e.S., andererseits aber doch mehr als nur gerade die Erfüllung der Mindestvoraussetzungen der Fahrlässigkeitsschuld, was bedeutet: Die spezifische Schuldkomponente des schweren Verschuldens besteht darin, dass zumindest ein mittleres, durchschnittliches Ausmaß an Schuldunwert i.e.S. vorausgesetzt wird. Für die Praxis bedeutet dies: Schweres Verschulden ist trotz Verwirklichung der Unrechtskomponente dieses Begriffes zu verneinen, wenn im konkreten Fall Umstände vorliegen³⁰⁸, die das Ausmaß der persönlichen Vorwerfbarkeit des gesetzten Sorgfaltsverstosses nicht bloß unerheblich herabsetzen.

Wenn man nun im Einzelfall³⁰⁹ die Erheblichkeit solcher Schuld minderungsgründe prüft, wird man auf die für das schwere Verschulden

³⁰⁷ ZVR 1974, 361.

³⁰⁸ Als Beispiele für solche Umstände führt *Burgstaller*, WK² § 88 Rz 25 an: psychische Überforderung in Stresssituationen und bei Mehrfachreizen im Straßenverkehr, aber auch Krankheit, tief greifende familiäre Probleme und Arbeitsüberlastung.

³⁰⁹ Die größte Bedeutung haben Fälle aus dem Straßenverkehr. Es wurde mehrfach betont, dass eine Vorrangverletzung, auch wenn es sich dabei um einen Verstoß gegen eine grundlegende Norm des Verkehrsrechts handelt, nicht notwendigerweise ein schweres Verschulden begründet. Das schwere Verschulden wurde zB verneint bei Fällen, in denen zur Vorrangverletzung auch die überhöhte Geschwindigkeit des Vorrangberechtigten beitrug (ZVR 1973/119) oder die Geschwindigkeit des Wartepflichtigen sehr gering war (OGH in ZVR 1978/193). Bejaht wurde hingegen schweres Verschulden für eine Vorrangverletzung, bei der dem Wartepflichtigen nicht nur ein Beobachtungsfehler unterlief, sondern er schon bei Annäherung an die Kreuzung mit einer Geschwindigkeit fuhr, die ihm die Erfüllung der Wartepflicht von vornherein unmöglich machte (OLG Wien in ZVR 1981/284). Geschwindigkeitsüberschreitungen allein werden regelmäßig nicht als schweres Verschulden angesehen. Das Einfahren in eine unübersichtliche Engstelle mit leicht überhöhter Geschwindigkeit und Nichtbenützung des äußersten rechten Fahrbahnrandes, aber mit Abgabe eines Hupsignals wurde ebenfalls nicht als schweres Verschulden gewertet (OGH in ZVR 1978/248). Bejaht wurde schweres Verschulden für das Mitschleifen eines Sicherheitswachebeamten mit einem Pkw, um eine Amtshandlung zu vereiteln (OGH in RZ 1979/65). Verneint wurde schweres Verschulden hingegen für das zu starke Abbremsen eines Pkw auf einer Schotterstraße, wodurch dieser gegen einen Baum schleuderte, aber auch für das Übersehen einer Stopptafel durch eine Lenkerin, die aus früherem häufigen Passieren der betreffenden Kreuzung an eine gegenteilige Stopptafelregelung gewöhnt war (OLG Wien in ZVR 1978/220). Es gibt aber auch Fälle außerhalb des Straßenverkehrs: Verneint wurde schweres Verschulden bei einem Angetrunkenen, der nachts in einer wenig belebten Gegend ein gläsernes Salzfass aus dem Fenster geworfen und dabei zufällig jemandem am Kopf getroffen hatte (OGH in JBI 1976, 657).

begriffswesentliche Gesamtwertung zurückverwiesen: Der in der konkreten Tat verwirklichte Handlungs- und Gesinnungsunwert muss insgesamt jedenfalls eine Unwerthöhe erreichen, die als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist.

6.3.2. Schweres Verschulden nach § 88 Abs 2 StGB und schwere Schuld gemäß § 198 StPO

Das „schwere Verschulden“, von dem im Strafbefreiungsgrund des § 88 Abs 2 StGB die Rede ist und der Begriff der „schweren Schuld“ als Ausschlusskriterium bei der Diversion in § 198 StPO haben als Gemeinsamkeit, dass sie auf die Strafzumessungsschuld und damit auf den Gesamtbereich des verschuldeten Unrechts zielen³¹⁰, aber ansonsten sind sie voneinander strikt zu unterscheiden.³¹¹ Die beiden genannten Begriffe haben trotz der zur Gleichsetzung verführenden Ähnlichkeit der Begriffsnamen durchaus verschiedene Inhalte. Während das „schwere Verschulden“ ganz spezifisch auf schwere Verwirklichungen gerade des § 88 Abs 1 StGB zielt, ist die „schwere Schuld“ bei der Diversion auf den Gesamtbereich der für Diversion prinzipiell offenen Delikte zu beziehen. Das bedeutet, dass der Anwendungsbereich des § 88 Abs 2 StGB auf das Delikt des § 88 Abs 1 StGB beschränkt ist, hingegen können alle Delikte diversionell erledigt werden, welche nicht in die Zuständigkeit eines Schöffen- oder Geschworenengericht fallen. Deshalb ist der Anwendungsbereich des § 198 StPO ein größerer als jener des § 88 Abs 2 StGB.³¹²

Die Expertenkommission³¹³ betont im Punkt 2.5.3³¹⁴, dass der Maßstab der „schweren Schuld“ als Diversionsgrenze eine wesentlich höhere Schwelle darstelle als der Begriff des „schweren Verschuldens“ im Sinne des § 88 Abs 2 StGB, der der Abgrenzung strafbaren Verhaltens von straflosem dient. Dies findet in der Praxis der

Bejaht wurde schweres Verschulden hingegen für die Vorrangverletzung eines Schifahrers, der seine Schussfahrt zunächst trotz einer vor ihm in Schrägfahrt befindlichen langsameren Schifahrerin beibehielt, weil er sich zu Unrecht darauf verließ, dass diese durch einen rechtzeitigen Schwung ohnedies nicht in seine Fahrspur geraten werde (OGH in RZ 1984/27).

³¹⁰ Vgl. *Burgstaller*, Die strafrechtliche Seite des Verkehrsunfalls und ihre Erledigung mittels Diversion, ZVR 2009/244, 471.

³¹¹ Vgl. *Kienapfel/Schroll*, BT I², 161; so auch *Schwaighofer*, ZVR 2008/119, 280.

³¹² Vgl. *Kienapfel/Schroll*, BT I², 161 f.

³¹³ Am 10.9.2003 ersuchte der BMJ Dr. Dieter Böhmendorfer die VPräs des VfGH, Dr. Brigitte Bierlein, eine Expertenkommission einzusetzen und zu leiten. Diese Kommission sollte sich allgemein mit der Frage der staatlichen Reaktionen auf strafbares Verhalten in Österreich, mit deren Transparenz und Akzeptanz in der Öffentlichkeit, vorrangig und im Besonderen aber mit der Diversion befassen.

³¹⁴ Bericht der Expertenkommission 554.

Rechtsanwendung oft zu wenig Beachtung.³¹⁵ Daraus folgt, dass die Fälle „schweren Verschuldens“ nach § 88 Abs 2 StGB nicht zwingend „schwere Schuld“ nach § 198 StPO begründen. Zu diesem Ergebnis kam der OGH in der Entscheidung 15 Os 42/07a,³¹⁶ und führt dazu aus, dass die Fälle „schweren Verschuldens“ iSd § 88 Abs 2 StGB in aller Regel keine „schwere Schuld“ iSd § 198 StPO begründen, vielmehr sei davon auszugehen, dass beim Vergehen der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 StGB eine diversionelle Erledigung aufgrund des Erreichens des in Rede stehenden Schuldgrades überhaupt nur in besonderen Ausnahmefällen dann nicht in Betracht komme, wenn ein außergewöhnlich gravierender Sorgfaltsverstoß vorliege, der einen Schadenseintritt mehr als wahrscheinlich erscheinen lasse, wobei die Tat mit einem erheblichen sozialen Störwert einhergehen müsse.

Dies wird auch daraus ersichtlich, dass man sonst – angesichts des unbestrittenen höheren Schuldgehalts des Vorsatzes gegenüber der groben Fahrlässigkeit, der das schwere Verschulden grundsätzlich entspricht – zu dem absurden Ergebnis³¹⁷ kommen würde, dass bei vorsätzlicher Körperverletzung immer schwere Schuld anzunehmen und damit Diversion ausgeschlossen wäre. Als Beispiel kann hier ein auffallend sorgloser Autofahrer, der einen Fußgänger am Zebrastreifen nicht beachtet, diesen niederstößt und dabei leicht verletzt, genannt werden. Dieser müsste bestraft werden, hingegen ein vorsätzlicher Faustschlag, der zu einem „blauen Auge“ und damit ebenfalls zu einer leichten Körperverletzung führt (trotz des unbestrittenen höheren Handlungsunwerts der Vorsatztat) kann diversionell erledigt werden. Wenn man die angesprochene deliktsübergreifende Konzeption der „schweren Schuld“ ernst nimmt, wird man angesichts der aus der Strafdrohung abzuleitenden geringen Einstufung der Schwere der Schuld des § 88 Abs 1 StGB sogar sagen können, dass bei diesem Delikt eine diversionelle Erledigung aufgrund Erreichens des in Rede stehenden Schuldgrades überhaupt nur in besonderen Ausnahmefällen nicht in Betracht kommt.

6.3.3. § 4 Abs 2 Z 2 JGG

Bei § 4 Abs 2 Z 2 JGG handelt es sich um einen Strafausschlussgrund, wonach 14- und 15-jährige strafgerichtlich nicht zu verfolgen sind, sofern ihnen lediglich ein

³¹⁵ ZB ZVR 2003/100; RZ 2004/01; JBI 2003, 882.

³¹⁶ Siehe Kapitel 5.28.

³¹⁷ So auch *Schroll*, Verkehrsunfälle 143: Wäre § 88 Abs 2 StGB als Verschuldensmaßstab auch bei § 90 Abs 2 Z 2 StPO anzuwenden, so hätte ein Unbescholtener, der alkoholisiert in eine Bauhütte einbricht, um ein dort vorgefundenes Bier zu trinken (§§ 127, 129 Z 1 StGB), eher eine Chance auf diversionelle Erledigung als eine in einer komplexen Verkehrssituation ein Rotlicht übersehende PKW-Lenkerin, die eine Kollision verursacht, bei der jemand leicht verletzt wird.

Vergehen³¹⁸ zur Last liegt, ihr Verschulden als nicht schwer einzustufen ist und nicht aus besonderen Gründen sonstige Reaktionsmittel des Jugendstrafrechts geboten sind, um den Jugendlichen von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten. Diesem Strafbefreiungsgrund liegen Überlegungen zugrunde, wonach Jugendliche bis zum Ende der bis zum 15. Lebensjahr reichenden Schulpflicht noch Reifungsdefizite aufweisen, die zwar deren Schuldfähigkeit unberührt lassen, aber im Vergehensbereich ohne schweres Verschulden keine Strafnotwendigkeit begründen.³¹⁹ Die Strafbefreiung nach § 4 Abs 2 Z 2 JGG geht weiter als jene nach dem § 42 StGB alt, ist doch eine Verfahrenseinstellung auch bei einem durchschnittlichen Verschulden noch zulässig. *Schroll* meint, dass der Begriff des nicht schweren Verschuldens in § 4 Abs 2 Z 2 JGG ident ist mit jenem des § 198 Abs 2 Z 2 StPO.³²⁰ Dies deshalb, weil in dieser Bestimmung neben dem Erfolgsunrecht auch die vorsätzliche Begehung von Delikten berücksichtigt werde. Dem gegenüber lässt der Begriff des Verschuldens in § 88 Abs 2 StGB das Erfolgsunrecht gänzlich außer Betracht und ist überdies nur für Fahrlässigkeitsdelikte konzipiert, weshalb das dort angeführte Schuldverständnis nicht mit dem des § 198 StPO gleichgesetzt werden kann.³²¹

Bei der Beurteilung des nicht schweren Verschuldens sind das Alter des Rechtsbrechers und sein Entwicklungsstatus zu beachten. Sowohl der Gesinnungsunwert als auch die bei der Gewichtung der Schuld heranzuziehenden Strafzumessungskriterien (zB Erziehungsmängel iSd § 34 Abs 1 Z 1 StGB) werden durch das Alter des Straftäters und seine Reife mitbestimmt.³²² Je jünger der Rechtsbrecher, desto eher ist von einem noch nicht schweren Verschulden auszugehen.³²³

Burgstaller sieht § 4 Abs 2 Z 2 JGG – wie auch § 42 StGB alt – als außerhalb der Diversion stehend an. Beide angeführten Regelungen tragen mit ihrer Konstruktion eines virtuellen Strafanspruchs, der lediglich infolge konkreter Verneinung eines Strafbedürfnisses nicht aktualisiert wird, durchaus ein typischerweise der Diversion

³¹⁸ Nach § 17 StGB sind das Straftaten, die mit höchstens dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind.

³¹⁹ *Schroll*, WK² § 4 JGG Rz 17.

³²⁰ *Schroll*, WK² § 198 Rz 13.

³²¹ Siehe dazu Kapitel 6.3.

³²² Vgl auch OGH 15 Os 68/03 vom 12.06.2003: „[...]Ein Schuldspruch des zur Tatzeit 14 ½ Jahre alten Angeklagten war jedoch zufolge § 4 Abs 2 Z 2 JGG ausgeschlossen. Bei Berücksichtigung des ebenfalls gefährdungsrelevanten Verhaltens der schließlich Getöteten liegt ein schweres Verschulden des Angeklagten nicht vor.“

³²³ *Schroll*, WK² § 4 JGG Rz 19.

zuzuordnendes Element in sich. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber jeweils ganz bewusst eine materiellrechtliche Strafbefreiung statuierte, zeige aber, dass er eben gezielt mehr wollte als Diversion.³²⁴

Fabrizy ist der Ansicht, dass der bedingte Strafausschließungsgrund des § 4 Abs 2 Z 2 JGG in seiner Konstruktion Ähnlichkeiten sowohl mit § 88 Abs 2 StGB als auch § 42 StGB alt hat.³²⁵ Dieser Ansicht kann mE nicht zugestimmt werden, da § 4 Abs 2 Z 2 JGG eher Ähnlichkeiten mit der Diversion aufweist als mit § 88 Abs 2 StGB, da § 4 Abs 2 Z 2 JGG darauf abstellt, dass nicht aus besonderen Gründen die Anwendung des Jugendstrafrechts geboten ist, um den Jugendlichen von strafbaren Handlungen abzuhalten.

³²⁴ *Burgstaller*, Perspektiven 130 f.

³²⁵ *Fabrizy*, StGB⁹, § 4 JGG Rz 2.

7. Andere Diversionsbestimmungen neben § 198 StPO, die auf die Schwere der Schuld abstellen

7.1. Bestimmungen des JGG

7.1.1. § 6 JGG

Zusätzlich zu den allgemeinen Diversionsmaßnahmen der StPO hat die StA bei Jugendstraftaten – das sind Straftaten, die von einer Person begangen wurden, die im Zeitpunkt der Begehung das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte (§ 1 Z 2 und 3 JGG) – gem § 6 JGG die Möglichkeit, von der Verfolgung abzusehen oder, sofern diese Voraussetzungen für die Einstellung nicht vorliegen, nach § 7 JGG diversionell zu erledigen.

§ 6 JGG ist auf Straftaten bis zu einer Jugendstrafdrohung von fünf Jahren anwendbar³²⁶, was gem § 5 Z 4 JGG³²⁷ einer abstrakten Strafdrohung von bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe für Erwachsene entspricht. Das bedeutet, dass Delikte diversionsfähig sind, deren Strafdrohungsobergrenze bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe reicht.

Besonders zu erwähnen ist, dass § 6 JGG über das Verschulden keine Aussage trifft und daher auch das Vorliegen eines schweren Verschuldens – obwohl häufig die notwendigen Präventionsvoraussetzungen fehlen werden – kein Hindernis für einen Verfolgungsverzicht nach dieser Bestimmung darstellt.³²⁸ *Schütz* schließt aufgrund eines Größenschlusses im Verhältnis zwischen § 6 und § 7 JGG darauf, dass, wenn man die Regelung über den Verfolgungsverzicht als subsidiär zu den Diversionsformen des 11. Hauptstückes der StPO versteht, die Erklärung offen bleibt, warum dieser partiell ein größeres Anwendungsfeld als der Diversion nach § 198 StPO eröffnet werden soll. Daher kommt *Schütz* zu dem Schluss, dass ein Verfolgungsverzicht nach § 6 JGG nur bei Vorliegen einer nicht schweren Schuld zulässig ist.³²⁹ Für *Schroll*

³²⁶ Anders als im Erwachsenenstrafrecht kommt es bei den Deliktsbeschränkungen für die Diversion im Jugendstrafrecht nicht auf die Zuständigkeitsregeln, sondern auf die Strafdrohung an.

³²⁷ § 5 Für die Ahndung von Jugendstraftaten gelten die allgemeinen Strafgesetze, soweit im folgenden nichts anderes bestimmt ist:

Z 4 Das Höchstmaß aller sonst angedrohten zeitlichen Freiheitsstrafen wird auf die Hälfte herabgesetzt; ein Mindestmaß entfällt.

³²⁸ *Schwaighofer*, RZ 2001, 60.

³²⁹ *Schütz*, Diversionsentscheidungen 58.

hingegen ist die Schuld kein explizit genanntes Kriterium für die Anwendung des § 6 JGG, auch bei einem schweren Verschulden kann daher § 6 JGG im Prinzip noch angewendet werden. Doch dürfe nach *Schroll* nicht übersehen werden, dass ein schweres Verschulden sogar die § 6 nachgeschalteten intervenierenden diversionellen Maßnahmen nach dem 11. Hauptstück der StPO ausschließen würde. Der Schwere der Schuld kommt sehr wohl Bedeutung zu, wenn es um die Lösung der Frage geht, ob schon ausreichende informelle Sanktionen wirksam wurden, mit dem Zweck, einer zukünftigen Tatbegehung ausreichend gegenzusteuern.³³⁰

7.1.2. § 7 JGG

Wenn die schlichte Diversion nach § 6 JGG ausscheidet, dann hat der StA die diversionelle Erledigung der Jugendstraftat nach § 7 Abs 1 JGG zu prüfen.

Die Sonderbestimmungen des § 7 Abs 1 JGG und die allgemeinen Anordnungen des § 198 StPO kombiniert ergeben folgende Voraussetzungen:

- Der Sachverhalt ist hinreichend geklärt (§ 198 Abs 1 StPO).
- Die Schuld des Beschuldigten wäre nicht als schwer anzusehen (§ 7 Abs 2 JGG).
- Die Tat hat nicht den Tod eines Menschen zur Folge gehabt (§ 198 Abs 2 Z 3 StPO). Ausnahme § 7 Abs 2 Z 2 JGG: Tod eines Angehörigen.
- Die Durchführung des Strafverfahrens erscheint nicht aus spezialpräventiven Gründen geboten (§ 7 Abs 1 Z 4 JGG; § 198 Abs 1 StPO).

Hingegen ist es keine Voraussetzung, dass die Durchführung des Strafverfahrens auch nicht aus besonderen generalpräventiven Gründen unerlässlich erscheint (§ 7 Abs 1 JGG). Die Generalprävention ist in der neuen Fassung des § 7 JGG weggefallen.

Bis zur StPO-Reform 2008 sah § 7 JGG eine Einschränkung auf Jugendstraftaten, welche mit nicht mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind, vor. Weiters ist die Generalpräventionsklausel beseitigt worden. Die dritte Besonderheit im JGG ist die Zulässigkeit der Diversion trotz Todesfolge, denn nach § 7 Abs 2 Z 2 JGG ist eine Diversion zulässig, wenn ein Angehöriger des Beschuldigten getötet wurde und seine Bestrafung im Hinblick auf die durch den Tod des Angehörigen beim Beschuldigten verursachte schwere psychische Belastung nicht geboten erscheint. Das bedeutet, dass für Jugendliche einige Sonderfälle diversionsfähig sind, während bei Erwachsenen ein Strafverfahren unvermeidlich ist, obwohl die Argumente ebenso für sie gelten. Schon im Bericht der Expertenkommission zur Prüfung der staatlichen

³³⁰ *Schroll*, WK-StPO § 6 JGG Rz 6.

Reaktionen auf strafbares Verhalten in Österreich, war die Kommission der Ansicht, dass der absolute gesetzliche Ausschluss der Diversion bei Todesfolge beseitigt werden sollte. Die Diversion wird zwar in solchen Fällen schon aus Gründen der Generalprävention auf besondere Ausnahmesituationen beschränkt bleiben müssen, diese Ausnahmesituationen können aber zB eine leicht fahrlässige Tötung eines nahen Angehörigen bei einem Verkehrsunfall oder eine fahrlässige Tötung durch Vernachlässigung der Aufsicht des eigenen Kindes sein.³³¹ Genau für diese Situationen sollte eine diversionelle Erledigung möglich sein, denn auch hier – wie bei Jugendlichen – erscheint eine Bestrafung im Hinblick auf die durch den Tod des Angehörigen beim Beschuldigten verursachte schwere psychische Belastung nicht geboten. Obwohl das Vorbringen, dass der Eintritt des Todes als höchstes denkbares Erfolgsunrecht die Annahme einer nicht schweren Schuld im Sinne des § 198 Abs 2 Z 2 StPO ausschließe, berechtigt ist, ist es allerdings inkonsequent dieses Argument bei Erwachsenen vorzubringen und es bei Jugendlichen nicht gelten zu lassen. Es sollte daher auch bei Erwachsenen – wie es auch die neue Diversionsregelung des § 7 JGG bei Jugendlichen vorsieht – die Möglichkeit geben, in oben beschriebenen Ausnahmesituationen auch bei Eintritt des Todes einen Fall diversionell erledigen zu können.

Schwaighofer kritisiert, dass diese Regelung für Jugendliche zu kurz gegriffen sei, da sich nur in seltenen Fällen Eltern oder Geschwister im vom Jugendlichen gelenkten Fahrzeug befinden, denn die Opfer fahrlässiger Tötungen Jugendlicher seien idR Freunde und Bekannte.³³²

Dh zusammengefasst, dass bei Jugendstraftaten Diversion auch in Betracht kommt, wenn:

- die Zuständigkeit des Schöffen- oder Geschworenengerichts gegeben ist, oder
- der Jugendliche den Tod eines Angehörigen verursacht hat, sofern
 - er nur fahrlässig handelte,
 - er dadurch psychisch schwer belastet ist und
 - deshalb eine Bestrafung nicht geboten erscheint.
- generalpräventive Bedürfnisse vorliegen, weil diese nicht zu berücksichtigen sind.

³³¹ Bericht der Expertenkommission 553.

³³² *Schwaighofer*, ZVR 2008/119, 281f.

7.1.3. § 7 JGG alt

Nach § 7 Abs 1 letzter Satz JGG alt war eine Einstellung des Verfahrens durch das Gericht auch bei „anderen Jugendstraftaten“ zulässig. Dh, dass das Gericht bei Diversionsmaßnahmen in Jugendstrafen weder durch Strafdrohungen noch durch Zuständigkeitsbestimmungen beschränkt war. Sie waren nur in den Fällen ausgeschlossen, in denen die Schuld als schwer anzusehen wäre oder in denen die Tat den Tod eines Menschen zur Folge hatte. Hier möchte ich im Speziellen auf die Einbeziehung von Jugendstraftaten mit schwerem Verschulden in den Anwendungsbereich der gerichtlichen Diversion eingehen.

Schwaighofer sah es von der grammatikalischen Auslegung her auch als vertretbar an, dass das Gericht auch bei schwerem Verschulden bei Jugendstraftaten diversionell vorgehen konnte. Als Argument zog er § 7 Abs 1 letzter Satz heran, denn man könnte „andere Jugendstraftaten“ als Taten verstehen, bei denen die Schuld des Täters als schwer anzusehen wäre. Er begegnete dem Argument einer dadurch bewirkten all zu großen Ermessensfreiheit für das Gericht mit dem Hinweis, dass sogar die nicht intervenierende Diversion nach § 6 JGG bei schwerem Verschulden zulässig und es geradezu unlogisch wäre, die intervenierende Diversion nach § 7 JGG alt an strengere Voraussetzungen zu knüpfen als die nicht-intervenierende nach § 6 JGG. Außerdem dürfe nicht vergessen werden, dass immer noch die spezial- und generalpräventiven Erfordernisse zu beachten sind, die nach *Schwaighofer* durchaus geeignet seien, die Gefahr einer „übermäßigen“ Anwendung des § 7 JGG alt zu bannen.³³³

Gegen diese oben beschriebene Erweiterung bestanden aber erhebliche Bedenken, einerseits liefen sie den Intentionen des Gesetzgebers zuwider, da die Einbeziehung von Jugendstraftaten mit schwerem Verschulden in den Anwendungsbereich der gerichtlichen Diversion zwar von der grammatikalischen Auslegung – wie oben beschrieben – noch vertretbar gewesen wäre, der Gesetzgeber dies aber in den Anwendungsbereich nicht einbeziehen wollte, andererseits handelte es sich bei der Voraussetzung der Schuld eher um eine täterspezifische als eine tatspezifische Voraussetzung, weshalb man auch nicht von einer „anderen Straftat“ sprechen konnte.³³⁴ Die hA ging davon aus, dass auch dem Gericht die diversionelle Erledigung von Jugendstraftaten mit schwerem Verschulden nach § 7 JGG verschlossen bleibt. Wenn auch bei Jugendstraftaten bei gerichtlicher Diversion aufgrund § 7 Abs 1 JGG alt keine abstrakten Strafrahmengrenzen entgegenstanden, so lag aber eher ein schweres Verschulden bei den hohen Strafobergrenzen einer außerhalb der

³³³ Vgl *Schwaighofer*, RZ 2001, 62.

³³⁴ Vgl *Schwaighofer*, RZ 2001, 62.

staatsanwaltschaftlichen Diversionsanwendung liegenden strafbaren Handlung vor.³³⁵ Allerdings ist das Alter des Täters bei der Beurteilung der Schwere des Verschuldens besonders zu berücksichtigen und es dürfen nicht die gleichen Maßstäbe angelegt werden wie bei Erwachsenen.

ME sind die gleichen Maßstäbe anzulegen wie bei den Erwachsenen, die Jugendlichkeit ist aber schuldmlindernd.

Der Gesetzgeber hat diese Streitfrage mit der Einführung des § 7 Abs 2 Z 1 klargestellt, welcher normiert, dass ein Vorgehen gem Abs 1 jedoch nur zulässig ist, wenn die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer (§ 32 StGB) anzusehen wäre.

7.2. § 35 SMG – Diversion bei Suchtmittelmissbrauch

7.2.1. Grundsätzliches

§ 35 SMG³³⁶ sieht eigenständige, auf die Abhängigkeit von Suchtmittel abgestimmte diversionelle Reaktionsformen vor, die im Wesentlichen dem Rücktritt von der Verfolgung gegen Probezeit entsprechen (§ 90f StPO alt; § 203 Abs 1 StPO), welche das Kernstück des dem SMG zugrunde liegenden Grundsatzes „Therapie statt Strafe“ bilden.³³⁷ Die Reaktionsform sieht zusätzlich die Pflichtenübernahme gem § 203 Abs 2 StPO, eine Behandlungsunterziehung und eine Betreuung durch den Bewährungshelfer vor.

³³⁵ Schroll, Der Sachverständige 2003/3, 142f.

³³⁶ § 35 SMG (1) Die Staatsanwaltschaft hat unter den in den Abs. 3 bis 7 genannten Voraussetzungen und Bedingungen von der Verfolgung einer Straftat nach den §§ 27 Abs. 1 und 2 oder 30, die ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen worden ist, ohne dass der Beschuldigte daraus einen Vorteil gezogen hat, unter Bestimmung einer Probezeit von einem Jahr bis zu zwei Jahren vorläufig zurückzutreten.

(2) Die Staatsanwaltschaft hat unter den Voraussetzungen und Bedingungen der Abs. 3 bis 7 auch von der Verfolgung einer anderen Straftat nach den §§ 27 oder 30 bis 31a, einer Straftat nach den §§ 28 oder 28a, sofern der Beschuldigte an Suchtmittel gewöhnt ist, oder einer im Zusammenhang mit der Beschaffung von Suchtmitteln begangenen Straftat unter Bestimmung einer Probezeit von einem Jahr bis zu zwei Jahren vorläufig zurückzutreten, wenn

1. die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Schöffens- oder Geschworenengerichts fällt,
2. die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer anzusehen wäre und
3. der Rücktritt nicht weniger als eine Verurteilung geeignet erscheint, den Beschuldigten von solchen Straftaten abzuhalten.

Ebenso ist vorzugehen, wenn der Beschuldigte wegen einer während der Probezeit nach Abs. 1 begangenen weiteren Straftaten im Sinne des Abs. 1 verfolgt wird.

(3) ...

³³⁷ Hinterhofer/Rosbaud, Kommentar zum Suchtmittelgesetz (2006) § 35, 478.

Es kommen aber neben den §§ 35 und 37 SMG als diversionelle Erledigungsformen die Zahlung eines Geldbetrages (§ 200 StPO) und die Erbringung gemeinnütziger Leistungen (§ 201 StPO) in Betracht.³³⁸

§ 35 Abs 1 SMG regelt die Pflicht zum Verfolgungsverzicht: Die Staatsanwaltschaft hat von der Verfolgung einer Straftat nach den §§ 27 Abs 1 und 2 oder 30 SMG unter Bestimmung einer Probezeit von einem Jahr bis zu zwei Jahren vorläufig zurückzutreten, wenn die Straftat ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen wurde – sofern der Beschuldigte keinen Vorteil daraus gezogen hat. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um keine Ermessensentscheidung, sondern, wie oben erwähnt, um eine Pflicht zum Verfolgungsverzicht.

Nach § 35 Abs 2 SMG hat die Staatsanwaltschaft auch von der Verfolgung einer anderen Straftat nach den §§ 27 oder 30 bis 31a SMG, einer Straftat nach den §§ 28 oder 28a SMG unter Bestimmung einer Probezeit von einem bis zu zwei Jahren zurückzutreten, sofern der Beschuldigte an Suchtmittel gewöhnt ist, wenn

- die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Schöffengerichts oder Geschworenengerichts fällt,
- die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer anzusehen wäre und
- der Rücktritt nicht weniger als eine Verurteilung geeignet erscheint, den Beschuldigten von begangenen Straftaten abzuhalten.

Nach der Rsp gelten für die nicht schwere Schuld des Angeklagten dieselben Kriterien wie bei der allgemeinen Diversionsregelung gem § 198 Abs 2 Z 2 StPO. Daher ist jener Schuldbegriff maßgebend, der in § 32 Abs 1 StGB als Grundlage für die Bemessung der Strafe dient. Dieser verlangt eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände. Es müssen Handlungs- und Gesinnungsunwert insgesamt eine Unwerthöhe erreichen, die im Weg einer überprüfbaren Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist. Es ist nach Strafbemessungsgrundsätzen zu entscheiden, ob schwere Schuld vorliegt.³³⁹

Beispielsweise nahm der OGH in der E 11 Os 81/02³⁴⁰ nicht schwere Schuld an, als eine jugendliche Täterin ohne eigenem Gewinnstreben einem Freund das Aufbewahren und Portionieren einer großen Menge Marihuana in ihrer Wohnung

³³⁸ Vgl. *Hinterhofer*, Diversion 44.

³³⁹ *Hinterhofer/Rosbaud*, SMG § 35, 493 f.

³⁴⁰ Siehe Kapitel 5.17.

gestattete (§ 27 Abs 1 zweiter Fall SMG iVm § 12 dritter Fall StGB). Eine „schwere Schuld“ sei hier nicht anzunehmen und ein diversionelles Vorgehen daher möglich. (Der Entscheidung lag eine Begehung nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG iVm § 12 dritter Fall StGB zugrunde, so dass zwar § 35 Abs 2 SMG ausschied, eine Diversion nach § 198 StPO allerdings in Betracht kam.)

Der Diversionsregelung der §§ 35 und 37 SMG kommt in der Praxis große Bedeutung zu, denn alleine im Jahr 2004 wurden etwa 9.600 Verfahren nach diesen Bestimmungen vorläufig erledigt, wobei den überwiegenden Teil dabei die vorläufige Zurücklegung der Anzeige durch die StA gem § 35 SMG ausmachte.³⁴¹

In der Entscheidung 11 Os 107/97³⁴² bejahte der OGH die schwere Schuld, da der in der Menge des eingeführten Heroins zum Ausdruck kommende soziale Störwert des Suchtgiftverbrechens, aber auch der über drei Jahre hindurch betriebene Suchtgiftmissbrauch, die Annahme einer nicht schweren Schuld nicht zuließen.

7.2.2. Verhältnis der Diversion nach SMG und Diversion nach StPO

Die Diversionsmöglichkeiten des § 35 SMG und § 37 SMG³⁴³ für Suchtgiftkriminalität schließen weder eine Anwendung der Maßnahmen des 11. Hauptstückes der StPO noch eine schlichte Diversion, insb auch nicht eine Verfahrensbeendigung wegen § 191 StPO: Einstellung wegen Geringfügigkeit aus. Umgekehrt hat das später in Kraft getretene Diversionssystem der §§ 198 ff StPO keinen Vorrang vor jenem des SMG. Es können sogar beide Regelungen zur Anwendung kommen, wobei beide getrennt auf ihre Anwendbarkeit im konkreten Fall zu prüfen sind. *Venier* hingegen vertritt die Ansicht, dass die Diversionsbestimmungen des SMG – mit wenigen Ausnahmen – durch die §§ 198 StPO materiell derogiert werden.³⁴⁴

Eine Erledigung nach dem SMG kann für den Beschuldigten günstiger sein, denn im Unterschied zu § 198 StPO schließt § 35 Abs 1 SMG eine Diversion bei schwerer Schuld nicht aus, da § 35 Abs 1 SMG nicht auf die Prüfung des Verschuldens abstellt.³⁴⁵ Wenn beide Diversionsregelungen anwendbar sind, so ist die für den

³⁴¹ *Hinterhofer/Rosbaud*, SMG § 35, 480.

³⁴² Siehe Kapitel 5.7.

³⁴³ Die Diversionsbestimmung des § 35 SMG stellt zwar auf ein Vorgehen durch die Staatsanwaltschaft ab, aber aufgrund eines entsprechenden Verweises ist sie auch für eine Einstellung durch das Gericht sinngemäß anzuwenden.

³⁴⁴ *Venier*, Die neuen Diversionsbestimmungen und das SuchtmittelG, JBI 2000, 227.

³⁴⁵ Vgl 11 Os 81/02.

Betroffenen in ihren Gesamtauswirkungen weniger belastende Maßnahme zu wählen.³⁴⁶

In der Entscheidung 11 Os 81/02 führt der OGH in seiner Begründung aus, dass sich eine Erledigung nach § 35 iVm § 37 SMG für den Angeklagten günstiger auswirken könnte als eine Intervention nach § 198 StPO. Wenn nämlich eine Person angezeigt wird, weil sie den bestehenden Vorschriften zuwider eine Straftat ausschließlich für den persönlichen Gebrauch oder für den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen hat, so hat die Staatsanwaltschaft unter den in § 35 Abs 3 ff SMG genannten Voraussetzungen und Bedingungen von einer Anzeige für eine Probezeit von einem bis zu zwei Jahren vorläufig zurückzutreten. Die Voraussetzungen des § 35 Abs 3 SMG sind die Einholung einer Auskunft des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend im Sinne des § 26 SMG und eine Stellungnahme der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde darüber, ob der Beschuldigte einer gesundheitsbezogenen Maßnahme gemäß § 11 Abs 2 SMG bedarf, um welche Maßnahme es sich gegebenenfalls handeln soll, ob eine solche Maßnahme zweckmäßig, ihm nach den Umständen möglich und zumutbar und nicht offenbar aussichtslos ist. Anders als in § 198 Abs 2 Z 2 StPO ist die vorläufige Zurücklegung der Anzeige jedoch vom Grad der Schuld abhängig. Auch general- oder spezialpräventive Schranken – außer den oben erwähnten, die allein auf eine Suchtmittelgewöhnung des Angezeigten abstellen – stehen im Gegensatz zu § 198 Abs 2 Z 4 StPO der Anwendung der Bestimmung des § 35 Abs 1 SMG nicht entgegen. Der OGH kommt in seiner Begründung daher zu dem Schluss, dass verglichen mit den Möglichkeiten des § 90a iVm § 7 Abs 1 JGG die neben einer maximal zweijährigen Probezeit wahlweise eine Geldbuße, einen außergerichtlichen Tatausgleich und gemeinnützige Leistungen, jeweils unter Festsetzung von Auflagen umfassen – § 35 Abs 1 SMG in seiner Gesamtheit die für den Betroffenen günstigere Norm sei.

³⁴⁶ Hinterhofer/Rosbaud, SMG § 35, 482.

8. Elemente oder Umstände, die die Schwere der Schuld beeinflussen

8.1. Strafdrohung als Indiz für einen niedrigen Unrechts- und Schuldgehalt

8.1.1. Allgemeines

Zunächst stellt sich die Frage, ob die konkret anzuwendende Strafdrohung bei der Bewertung der Schuld gem § 198 Abs 2 Z 2 StPO von Bedeutung ist. Dies ist deswegen zu fragen, weil die Strafdrohung als generelle Vorbewertung des Unrechts- und Schuldgehalts einer Tat gesehen wird.

Bei einer Strafrahmenobergrenze von fünf Jahren Freiheitsstrafe wird zu beachten sein, dass bereits die Tatbestandsverwirklichung idR ein hohes Maß an krimineller Energie sowie einen erheblichen sozialen Störwert und damit einen gesteigerten Unrechtsgehalt signalisiert, und aufgrund dessen ein bloß durchschnittliches Verschulden idR besondere unrechts- oder schuld mindernde Umstände voraussetzt. Weiters ist die Strafuntergrenze zu beachten, denn wenn eine solche fehlt (wie bei den meisten Jugendstrafsachen § 5 Z 4 JGG), ist die vom Gesetzgeber bedachte Möglichkeit einer besonders geringen Strafzumessungsschuld in Betracht zu ziehen. Wenn eine Mindeststrafdrohung fehlt, ist auch die Obergrenze der Strafdrohung nicht aussagekräftig. Selbst beim Vorliegen einer Strafuntergrenze – zB von sechs Monaten – geht der Gesetzgeber davon aus, dass es Deliktsverwirklichungen gibt, die mit sechs Monaten zu bestrafen sind, welche selbstverständlich auch diversionell erledigt werden können, da der Unrechts- und Schuldgehalt niedrig ist.

Man kann daher darauf schließen, dass bei Delikten mit geringeren Strafobergrenzen (mit denen der Gesetzgeber einen geringen sozialen Störwert zum Ausdruck bringt) viel eher eine noch nicht schwere Schuld iSd § 198 Abs 2 Z 2 StGB gegeben ist, als bei solchen mit hohen Strafrahmenobergrenzen. Auch bei Fahrlässigkeitsdelikten, welche schon vom Unrecht her betrachtet idR ein nicht schweres Verschulden indizieren, wird eher eine noch nicht schwere Schuld iSd § 198 Abs 2 Z 2 StPO gegeben sein.³⁴⁷ Es ergeben sich immer wieder Sachverhaltskonstellationen, welche einen bestimmten Deliktstypus mit hohem Strafrahmen erfüllen, bei denen der Täter

³⁴⁷ Schroll, WK-StPO § 198 Rz 29; Schroll, Der Sachverständige 2003/3, 142.

aber konkret nur geringes Unrecht und eine geringe Schuld verwirklicht. Als Beispiel kann der Sachverhalt in der Entscheidung 13 Os 2/01³⁴⁸ angeführt werden: Der Angeklagte nötigte dem Opfer eine geöffnete Packung Zigaretten und ein Feuerzeug geringen Wertes ohne Anwendung erheblicher Gewalt ab, indem er ihm einen Schlag gegen den Kopf und den Brustbereich versetzte, und ihn (konkludent) mit einer Körperverletzung bedrohte. In diesem Fall nahm das Gericht schwere Schuld an und es kam zu keiner diversionellen Erledigung. Der OGH stellte in diesem Fall ausdrücklich auf die Strafdrohung des Deliktes ab und beachtete die Herabsetzung wegen Jugendlichkeit nicht. Auch auf den Wegfall der Strafraahmenuntergrenze ging der OGH nicht ein. ME hätte in diesem Fall eine diversionelle Erledigung stattfinden müssen, da es sich zwar um ein Delikt mit einem höheren Strafraahmen handelte (§ 142 Abs 1 StGB), dennoch die Schuld des Angeklagten nicht schwer war und er nur ein geringes Unrecht verwirklicht hatte. Weiters wäre es ME auch spezialpräventiv von Vorteil gewesen, da die Diversion individuell auf das Handeln des Beschuldigten reagieren kann und auch eine Aussöhnung mit dem Opfer erfolgen kann.

Schütz schlägt eine generelle Freistellung bei Straftaten mit einer Strafdrohungsobergrenze bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe vom Erfordernis des § 198 Abs 2 Z 2 StPO vor, bei denen generell keine schwere Schuld anzunehmen sei. Dies sei deshalb sinnvoll, weil es zB Fälle einer Deliktsverwirklichung nach § 127 StGB gebe, bei denen eine „schwere Schuld“ im Sinne der Diversion angenommen worden wäre, so hätte es einen Erklärungsbedarf, wenn bei einem Einbruchsdiebstahl gem § 129 StGB „keine schwere Schuld“ angenommen werden würde.³⁴⁹ ME wird man zwar generell sagen können, dass bei Delikten mit einer niedrigen Strafdrohungsobergrenze die schwere Schuld in vielen Fällen zu verneinen ist, dennoch kann es Fälle geben, in denen sie zu bejahen sein wird. Als Beispiel ist hier ein Wiederholungstäter zu nennen. Genauso umgekehrt wird man bei einer hohen Strafdrohung davon ausgehen, dass in vielen Fällen wohl die schwere Schuld zu bejahen sein wird, dennoch gibt es aber Fälle, in denen alle Voraussetzungen für eine diversionelle Erledigung vorliegen. Die Tatsache, dass bei Jugendlichen auf eine Strafdrohungsobergrenze als Diversionsvoraussetzung verzichtet wird, wirft die berechnete Frage auf, warum dies nicht auch bei Erwachsenen möglich sein könnte. *Schütz* sieht – abgesehen von der abgekürzten Prüfung der Schuldschwere im unteren Kriminalitätsbereich – das alleinige Abstellen auf die Strafdrohung als zu enge Sichtweise, denn auch bei Taten, welche an die obere Grenze der Strafdrohung bei der

³⁴⁸ Vgl Kapitel 5.13.

³⁴⁹ *Schütz*, Divisionsentscheidungen 101.

Diversion (bis fünf Jahre Freiheitsstrafe) heranreichen, kann ein niedriger Unrechts- bzw Schuldgehalt vorliegen.³⁵⁰ ME kommt den gesetzlichen Strafdrohungen aufgrund von oben erwähnten nur untergeordnete Bedeutung zu, und das Kriterium der „nicht schweren Schuld“ bezieht sich nur auf den jeweils vorliegenden Deliktstypus.³⁵¹

*Seiler*³⁵² möchte die Diversion auf Fälle beschränken, die ihrem Gewicht nach noch zum Bereich der „leichten“ Kriminalität gezählt werden können. Er argumentiert, dass bei Delikten mit einer Strafdrohung von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe der Handlungs- und Erfolgsunwert grundsätzlich als relativ hoch einzustufen ist und daher die Schuld regelmäßig als wesentlich schwerer zu werten sein wird, als bei Delikten mit einer geringeren Höchststrafdrohung. Er ist deshalb der Ansicht, dass im Bereich der mittelschweren Kriminalität besondere mildernde Umstände zu verlangen sein werden, welche den ansonsten deliktstypisch hohen Schuldgehalt entscheidend verringern. Nach *Seiler* sollte daher in diesem Deliktsbereich im Regelfall keine diversionelle Erledigung vorgenommen werden, obwohl er sich bewusst ist, dass der Gesetzgeber offensichtlich anderer Auffassung ist. Was die mittelschwere Kriminalität betrifft, so läge es nach *Seiler* an der Praxis, ein diversionelles Vorgehen zumindest auf atypische Ausnahmefälle zu beschränken. Das Grunddelikt sollte bei der Beurteilung der „nicht schweren“ Schuld Ausgangspunkt sein. *Seiler* nimmt bei Grundtatbeständen, wie zB § 127, § 83 StGB, regelmäßig „nicht schwere“ Schuld iSd § 198 Abs 2 Z 2 StPO an, da mit den jeweiligen Höchststrafdrohungen (6 Monate Freiheitsstrafe bei § 127 StGB, ein Jahr Freiheitsstrafe bei § 83 StGB) die Grundtatbestände regelmäßig im untersten Bereich der diversionsfähigen Delikte angesiedelt sind. Delikte mit einer derart niedrigen Höchststrafdrohung würden wohl immer als diversionsfähig angesehen, wenn das Gesetz sogar bei Delikten mit einer Höchststrafdrohung von fünf Jahren Freiheitsstrafe eine Diversion für gesetzlich erlaubt erachtet.³⁵³ Qualifizierte Deliktstatbestände (§ 129, § 85 StGB) sollten hingegen nur in Ausnahmefällen diversionell erledigt werden. Aufgrund spezial- und generalpräventiver Überlegungen erscheint eine restriktive Handhabung der gesetzlichen Möglichkeiten nach *Seiler* angebracht, die letzten Endes dazu führen sollte, dass die Diversion auf das Gebiet der „leichten“ Kriminalität fokussiert bleibe. Denn die unweigerlich negative Signalwirkung für Täter und Allgemeinheit würde nicht gerade zur Rechtssicherheit beitragen, sollten

³⁵⁰ *Schütz*, in *Miklau/Schroll*, Diversion 27.

³⁵¹ Dies erkennt auch *Seiler*, der aber höchst unzufrieden schreibt: „Gesetzlichen Strafdrohungen kommt jedoch offenbar im Bereich der Diversion nur untergeordnete Bedeutung zu, blickt man auf die Einschränkung des § 198 Abs 2 Z 3 StPO.“, *Seiler*, AnwBI 2001/9, 450.

³⁵² *Seiler*, AnwBI 2001/9, 450f; *ders.*, Strafprozessrecht¹⁰ (2009) 186f.

³⁵³ Vgl dazu Seite 101.

regelmäßig selbst Delikte mit einer Strafdrohung bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe mittels Diversion erledigt werden und dem Täter so ein ordnungsgemäßes Strafverfahren erspart bleiben.³⁵⁴ Gerade aber, dass durch die „allgemein“ formulierten Anwendungsvoraussetzungen des § 198 StGB viele Delikte diversionsfähig sind, ist als positiv zu beurteilen, wenn auch die Anwendung durch die Justiz wohl aufgrund der „allgemein“ formulierten Diversionsvoraussetzungen genau das Gegenteil, nämlich eine restriktive Handhabung auslösen.

Diese Ansicht widerspricht der Intention des Gesetzgebers und ist daher abzulehnen. ME ist es wichtig, dass der Öffentlichkeit vermittelt wird, dass es sich um eine vernünftige und va eine angemessene Reaktion auf das Verhalten des Beschuldigten handelt und es nicht um eine Bagatellisierung von Taten geht. Mit einem diversionellen Vorgehen kann uU auch intensiver und angemessener – zB mit einem ATA – reagiert werden als in einem herkömmlichen Strafverfahren. Diese Ansicht vertritt auch *Schwaighofer*, der meint, dass eine spezialpräventiv richtige Reaktion generalpräventiv keine Bedenken auslösen könne.³⁵⁵ Auch die Ansicht, dass qualifizierte Deliktstatbestände nur in Ausnahmefällen diversionell erledigt werden sollen, ist abzulehnen, da es immer auf den konkreten Fall ankommt und die Sachverhaltskonstellationen bei der Verwirklichung eines Deliktes komplett verschieden sein können. Daher sollte auch nicht gefordert werden, dass sich die Diversion auf das Gebiet der leichten Kriminalität beschränkt.

In der Entscheidung 11 Os 107/97 ging der OGH von einem Fehlen des Erfordernisses der nicht als schwer anzusehenden Schuld aus, da die im § 207 Abs 1 StGB vorgesehene Strafdrohung von sechs Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe darauf hinweist, dass der Gesetzgeber den Unwert des in Rede stehenden Verbrechens an sich hoch veranschlagt. Davon wurde auch in der Entscheidung 13 Os 111/00 ausgegangen.³⁵⁶

In der Entscheidung 13 Os 2/01³⁵⁷, in der es um eine Anklage wegen § 142 Abs 1 StGB ging, führte der OGH aus, dass schon die von sechs Monaten bis zu fünf Jahren reichende, wenn auch für den jugendlichen Angeklagten gem § 5 Z 4 JGG mit höchstens zweieinhalb Jahren begrenzte, Strafdrohung des § 142 Abs 2 StGB einen ersten Anhaltspunkt für den vom Gesetzgeber im Vergleich zu anderen Delikten höher eingestuften Unrechtsgehalt des angelasteten Deliktes gebe. Daher liege bei einem

³⁵⁴ *Seiler*, AnwBl 2001/9, 450f; *ders.*, StPO¹⁰, 186 f.

³⁵⁵ *Schwaighofer*, ZVR 2008/119, 281.

³⁵⁶ Siehe Kapitel 5.11.

³⁵⁷ Siehe Kapitel 5.13.

(minder schweren) Raub einer Packung Zigaretten samt eines Feuerzeugs unter Jugendlichen nicht nur das Unrecht, sondern auch die Vorwerfbarkeit am untersten Rand des nach § 142 Abs 2 StGB iVm § 5 Z 4 JGG eröffneten Strafrahmens. Weder Unrechtsgehalt noch Gesinnungsunwert sind in diesem Fall auffallend und ungewöhnlich.³⁵⁸ Der OGH nahm allerdings in diesem Fall aufgrund des hohen Strafrahmens bis zu fünf Jahren, wenn dieser auch durch das JGG um die Hälfte reduziert wird, einen hohen Unrechtsgehalt an. Weiters ging er von einem hinzutretenden hohen Gesinnungsunwert aus, der sich aus der Tatsache ergab, dass der Beschwerdeführer – nach eigenen Angaben ohne wirtschaftliche Notwendigkeit – dem Opfer nicht nur Zigaretten, sondern in einem weiteren Angriff noch ein Feuerzeug mit unrechtmäßigem Bereicherungsvorsatz abnötigte, wobei er mit dem Hinweis auf zu erwartende weitere Beute Anlass zur Prolongierung der seitens des Erstangeklagten angewendeten Gewalt gab.

Zu dem Ergebnis, nämlich, dass die abstrakt hohe Strafobergrenze keineswegs ein hohes Schuldpotenzial indiziert, gelangt man bei jungen Erwachsenen aufgrund der reduzierten Strafuntergrenze nach § 36 StGB und dem Milderungsgrund nach § 34 Abs 1 Z 1 StGB. Durch die Herabsetzung der Untergrenze und die damit verbundene Dehnung des Strafrahmens ist als Konsequenz eine neue Bewertung des Unrechts- und Schuldgehalts vorzunehmen. Dies und der Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 1 StGB lässt zu dem Schluss kommen, dass im Hinblick auf die Schwere der Schuld bei jungen Erwachsenen ein sehr hohes Diversionspotenzial vorliegt.³⁵⁹

Umgekehrt gibt es auch Fälle, in denen das verwirklichte Delikt mit einer geringen Strafe bedroht ist und dennoch schwere Schuld angenommen wird. So ging der OGH in der Entscheidung 12 Os 45/04³⁶⁰, trotz des geringen Strafrahmens nach § 307 Abs 2 StGB, von schwerer Schuld aus, da das Tatverhalten der Angeklagten eine, im Vergleich mit den der Diversion unterliegenden Delikten von Anfang an bestehende, schwere Schuld zeige. Diese sich über lange Jahre hin erstreckende, planmäßig auf eine regelrechte Korruption der von den Angeklagten in Anspruch genommenen Dienststelle abzielende, Delinquenz manifestiere darüber hinaus einen besonders hohen Grad verwerflicher Gesinnung.

³⁵⁸ Schroll, WK-StPO § 198 Rz 28.

³⁵⁹ Schütz, Diversionsentscheidungen 100.

³⁶⁰ Siehe Kapitel 5.25.

8.1.2. Diversioneller Ausschluss von spezifischen Deliktskategorien

Ansätze dazu, ob es einen diversionellen Ausschluss von spezifischen Deliktskategorien geben soll, haben sich bereits in Punkt 7 des die Justiz betreffenden Kapitels des Programms der ÖVP/FPÖ-Regierung vom Februar 2000 gefunden: Diversion sollte nicht schon bei fehlender „schwerer“, sondern nur bei „geringer“ Schuld anwendbar sein, und außerdem sollte ein Katalog nicht diversionsfähiger Straftaten erstellt werden, wobei man insb an Delikte im Bereich des Sexual- und des Suchtmittelstrafrechts sowie an das Delikt des Widerstandes gegen die Staatsgewalt dachte. Dafür gab es auf Expertenebene allerdings fast keine Unterstützung. Das zeigte sich nicht nur bei der unmittelbar mit der Prüfung der genannten Einschränkungswünsche betrauten Enquete-Kommission, sondern auch nachher bei der Bierlein-Kommission. Im Ergebnisbericht der Expertenkommission wurde ein Katalog nicht diversionsfähiger Straftaten explizit und die Einschränkung der Diversion auf Fälle „geringer“ Schuld eindeutig implizit abgelehnt.³⁶¹

Ein Teil der Kommission plädierte dafür, die Zulässigkeit der Diversion nicht an der Zuständigkeit der Schöffen- und Geschworenengerichte, sondern unmittelbar an der angedrohten Strafobergrenze auszurichten, also die Diversion ab einer Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren auszuschließen. Sie waren der Ansicht, dass sich dadurch etwa das Paradoxon beseitigen ließe, dass beim Vergehen der Herabwürdigung des Staates und seiner Symbole nach § 248 Abs 2 StGB, dessen Strafraum bis zu sechs Monate reicht, eine Diversion ausgeschlossen ist.³⁶²

Möglicherweise erscheinen manche Kriminalitätsbereiche im ersten Augenblick für die Diversion ungeeignet, dennoch sollte nicht vergessen werden, dass sich Sachverhaltskonstellationen ergeben können, die zwar einem Delikt mit überaus hohem Strafraum entsprechen, die aber konkret betrachtet ein bloß geringes Unrecht und auch nur geringe Schuld signalisieren.³⁶³ Schroll meint daher zu Recht, dass die Anwendung der Diversion weder durch Strafobergrenzen noch durch den Ausschluss spezifischer Deliktskategorien eingegrenzt werden sollte.

Seiler geht hingegen soweit, dass er eine diversionelle Erledigung nur in Fällen leichter Kriminalität für sinnvoll hält, und zwar aus spezial- und generalpräventiven Gründen. Er ist der Ansicht, dass die negative Signalwirkung für den Täter und für die Allgemeinheit, welche sich unweigerlich einstellt, wenn regelmäßig Delikte mit einer Strafdrohung bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe im diversionellen Wege eine Erledigung

³⁶¹ Burgstaller/Grafl, in FS Miklau 122.

³⁶² Bericht der Expertenkommission 553.

³⁶³ Vgl Schroll, in FS Moos 276; ebenso Schroll, Strafverfahren ohne Strafe 59.

durch den StA finden, der Rechtssicherheit äußerst abträglich wäre. Er hoffte daher 2001, dass der Hauptanwendungsbereich der Diversion im Zuständigkeitsbereich der Bezirksgerichte liegen würde.³⁶⁴

Hinterhofer ist der Ansicht, dass die formale Grenzziehung des Einsatzes von Diversion über die Zuständigkeit des Schöffengerichts oder Geschworenengerichts und nicht über die Strafdrohung zu nicht nachvollziehbaren Ergebnissen führe: zB ist bei einer Herabwürdigung staatlicher Symbole gem § 248 Abs 2 StGB ein diversionelles Vorgehen ausgeschlossen, weil das Delikt in die Eigenzuständigkeit des Geschworenengerichts fällt, obwohl dieses Delikt „nur“ höchstens sechs Monate Freiheitsstrafe androht.³⁶⁵ Andererseits scheint es für ihn bedenklich, dass eine absichtliche schwere Körperverletzung gem § 87 Abs 1 StGB oder eine Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen gem § 85 StGB grundsätzlich der Diversion zugeführt werden kann. Und obwohl anzunehmen ist, dass bei derartig schweren Deliktsfolgen ohnehin schweres Verschulden anzunehmen ist, wäre es seiner Ansicht nach besser gewesen, wenn diese Straftaten keiner Verschuldensprüfung mehr zuzuführen wären und sie explizit aus dem Anwendungsbereich der Diversion herausgenommen wären.³⁶⁶

Schroll hingegen meint, dass bei einer generellen Diversionslösung die Anwendung dieser Reaktion weder durch Strafobergrenzen noch durch den Ausschluss spezifischer Deliktskategorien eingegrenzt werden sollte.³⁶⁷ Auch die Expertenkommission vertrat die Meinung, dass für die Anwendung der Diversion allein an der Schuld und an den präventiven Bedürfnissen des Einzelfalls angeknüpft werden sollte. Sie sah es als nicht sachgerecht und mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar an, ein Delikt, welches in den grundsätzlichen Rahmen der Diversion fällt, von dieser Form der Erledigung allein deshalb auszuschließen, weil es einer bestimmten kriminologischen Kategorie angehört.³⁶⁸

In der Literatur spricht man sich gegen die Einführung eines Kataloges nicht diversionsfähiger Straftaten aus, denn es müsse sowieso in jedem einzelnen Fall das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen geprüft werden. Wenn die

³⁶⁴ *Seiler*, AnwBl 2001/9, 451.

³⁶⁵ *Hinterhofer*, Diversion 14.

³⁶⁶ *Hinterhofer*, Diversion 15.

³⁶⁷ *Schroll*, Strafverfahren ohne Strafe 59; vgl auch *Schwaighofer*, Fahrlässige Tötung: Verzicht auf Schuldspruch vorstellbar, in Die Presse vom 17.9.2007.

³⁶⁸ Bericht der Expertenkommission 554.

Voraussetzungen vorliegen, solle es nicht an einer generellen Ausklammerung von Delikten scheitern.³⁶⁹

8.1.3. Ausschluss einer diversionellen Erledigung aufgrund § 198 Abs 2 Z 3 StPO

Obwohl die Strafdrohungen der einzige unmissverständliche Anhaltspunkt dafür sind, welchen Unrechts- und Schuldgehalt die einzelnen Delikte in den Augen des Gesetzgebers besitzen, ist eine diversionelle Erledigung nach § 198 Abs 2 Z 3 StPO ausgeschlossen, wenn die Tat den Tod eines Menschen zur Folge hatte. Bei fahrlässiger Tötung (§ 80 StGB) ist eine diversionelle Erledigung somit ex lege unzulässig (außer, wenn die Voraussetzungen des § 7 JGG vorliegen: Diversion für Jugendliche auch bei fahrlässiger Tötung). Für den vorliegenden Unrechts- und Schuldgehalt dieses Vergehens wird vom Gesetzgeber jedoch selbst in der denkbar am schwersten wiegenden Fallvariante bereits eine Höchststrafdrohung von einem Jahr als ausreichend erachtet. Warum einerseits selbst Delikte mit einer Strafdrohung bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe diversionsfähig sein sollen, andererseits die fahrlässige Tötung (§ 80 StGB) aber nicht, ist aus Schuldgesichtspunkten nicht erklärbar.³⁷⁰

Der Ansatz, dass sich die Schuldabwägung primär an der gesetzlichen Strafdrohung, in welcher der Gesetzgeber eine generelle Vorbewertung des Unrechts- und Schuldgehalts des betreffenden Deliktstypus zum Ausdruck bringt, lässt erkennen, dass dieser Schuldbegriff im § 198 Abs 2 Z 2 StPO nicht zwischen Fahrlässigkeits- und Vorsatztat differenziert und daher zu präzisieren ist, dass nicht der typische Schuldgehalt des der Anzeige zugrunde liegenden Delikts bzw des im Verhältnis dazu stehenden Grunddelikts als Vergleichsbasis zu einem noch nicht schweren Verschulden heranzuziehen, sondern eine Relation zu den aufgrund ihrer Strafdrohungen insgesamt im Einzugsbereich der Diversion liegenden Delikten herzustellen ist.³⁷¹ Dh, dass die Messlatte für „schwere Schuld“ nicht die Strafdrohung des jeweils in Frage stehenden Delikts bildet, sondern das Gesamtspektrum aller diversionstauglichen Delikte bildet. Dies hat besonders in Bezug auf die Bewertung von Fahrlässigkeitstaten weitreichende Folgen. Danach ist bei der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 StGB ein diversionsausschließendes Verschulden nicht

³⁶⁹ *Grafl*, Ein Jahr Diversion in Österreich - Anspruch und Wirklichkeit, ÖJZ 2001, 421.

³⁷⁰ *Seiler*, AnwBl 2001/9, 450.

³⁷¹ *Schroll*, WK² § 198 Rz 28.

bei durchschnittlichen Fahrlässigkeitstaten, sondern nur in besonderen Ausnahmefällen anzunehmen.³⁷²

8.2. Milderungs- und Erschwerungsgründe

Die Strafzumessung ist ein Akt richterlichen Ermessens, wobei dieses nicht frei, sondern durch Vorgabe von Strafzumessungskriterien gebunden ist. Die Grenze für die Strafzumessung bilden die im Besonderen Teil angeführten Strafraumen. Das bedeutet, dass die Bewertungsrichtung zwar vom Gesetzgeber vorgegeben ist, die Wertung der in § 32 StGB genannten Strafbemessungsgründe als strafscharfend oder mildernd aber dem Richter nach den Gegebenheiten des Einzelfalles obliegt.³⁷³ Da die Strafzumessungsentscheidung eine individuelle Wertungskomponente des Beurteilenden beinhaltet, kann sie nie zur Gänze nachvollzogen werden. Die Strafdrohungsobergrenze markiert die Strafe für Taten mit sehr hohem Unrechts- und Schuldgehalt, wohingegen eine – sofern existent – Strafdrohungsuntergrenze die Strafe für leichte, gerade noch typische Fälle des betreffenden Tatbestands darstellt. Das Gericht hat die Tatsachen, die für die Strafzumessung wesentlich sind, von Amts wegen zu erforschen, und für die Begründung der Strafzumessung sind die Tatsachen für diese Entscheidung (insbes Milderungs- und Erschwerungsgründe) gemäß § 270 Abs 2 Z 5 StPO anzuführen.³⁷⁴ Die Kriterien für die Strafzumessung sind die Schuld des Täters, die Spezialprävention und die Generalprävention.

In den Bestimmungen der §§ 33 und 34 StGB sind jene Faktoren zusammengefasst, die bei der Strafbemessung besonders zu beachten sind.³⁷⁵ Die Komponenten der Schuld, also Erfolgs-, Handlungs- und Gesinnungsunwert, kommen in der Abwägung von Erschwerungs- und Milderungsgründen zum Ausdruck, wobei aber im Rahmen der Gesamtabwägung keinesfalls eine zahlenmäßige Gegenüberstellung vorgenommen werden soll, sondern es zu einer Gewichtung der einzelnen Gründe kommen soll.³⁷⁶ Schwere Schuld – und daher Ausschluss einer diversionellen Erledigung – ist nicht erst bei Überwiegen von Erschwerungsgründen (§ 33 StGB) anzunehmen.³⁷⁷

Es können folgende Grundsätze aufgestellt werden:³⁷⁸

³⁷² Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 302 f.

³⁷³ Ebner, WK² Vorbem §§ 32-36 Rz 29.

³⁷⁴ Maleczky, AT II¹³, 48.

³⁷⁵ Ebner, WK² Vorbem §§ 32-36 Rz 29.

³⁷⁶ Maleczky, AT II¹³, 49.

³⁷⁷ Maleczky, AT II¹³, 17.

³⁷⁸ Vgl Hinterhofer, Diversion 17f; vgl auch Schroll, WK² § 198 Rz 21ff.

- Sind Handlungs- und Erfolgsunwert dem Bagatellbereich zuzuordnen, führt selbst eine hohe Gesinnungsschuld, also etwa das Vorliegen eines oder mehrerer Erschwerungsgründe iS des § 33 StGB noch nicht zur Bejahung schwerer Schuld; eine diversionelle Erledigung bleibt also grundsätzlich möglich. Auch hier ist der Sachverhalt der Entscheidung 13 Os 2/01 zu erwähnen: Der Angeklagte hat dem Opfer eine geöffnete Packung Zigaretten und ein Feuerzeug geringen Wertes ohne Anwendung erheblicher Gewalt abgenötigt, indem er ihm einen Schlag gegen den Kopf und den Brustbereich versetzte, und ihn (konkludent) mit einer Körperverletzung bedrohte. Entgegen der Rsp hätte dieser Fall aufgrund des niedrigen Handlungs- und Erfolgsunwertes und aufgrund der Jugendlichkeit der Angeklagten diversionell erledigt werden müssen.
- Sind der Handlungs- und Erfolgsunwert hoch, zB bei Straftaten, die mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht und damit gerade noch „diversionsfähig“ sind, aber der Gesinnungsunwert besonders niedrig, etwa weil mehrere in § 34 StGB genannte Milderungsgründe eingreifen, kann in Einzelfällen ebenfalls ein schweres Verschulden zu verneinen sein. Dh auch bei hohem Handlungs- und Erfolgsunwert ist also der Einsatz von Diversion nicht prinzipiell ausgeschlossen, wenngleich eine diversionelle Erledigung hier die Ausnahme bleiben sollte.
- Sind sowohl Handlungs- und Erfolgswert als auch die Gesinnungsschuld niedrig, etwa bei einem aus Not begangenen Ladendiebstahl eines bisher Unbescholtenen, ist umso weniger schwere Schuld anzunehmen.
- Sind schließlich sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsunwert hoch, etwa bei einer aufgrund der Zuständigkeit des Einzelrichters grundsätzlich „diversionsfähigen“ Erpressung nach § 144 StGB, als auch die Gesinnungsschuld, etwa bei einem Rückfallstäter oder bei einem besonders brutal vorgehenden Delinquenten, ist von schwerer Schuld auszugehen und somit der Einsatz von Diversion ausgeschlossen.
- Bei Fahrlässigkeitsdelikten kann ein schweres Verschulden dann angenommen werden, wenn dem Täter eine auffallende Sorglosigkeit vorzuwerfen ist, zB bei einem Zusammentreffen gleich mehrerer Sorgfaltsverstöße; hält der Täter den Eintritt des Erfolges iS der bewussten Fahrlässigkeit nach § 6 Abs 2 StGB zudem sogar für möglich, ist die Annahme einer schweren Schuld umso naheliegender. Da sind als Bsp das Durchfahren einer Kurve mit stark überhöhter Geschwindigkeit oder das Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit bei starkem Schneetreiben zu nennen.

§ 33 Z 2 StGB regelt, dass eine Vorstrafe, die auf der gleichen schädlichen Neigung beruht, in der Strafzumessung einen Erschwerungsgrund bildet. Bei der Prüfung der Schwere der Schuld nach § 198 Abs 2 Z 2 StPO ist nun zu fragen, inwieweit eine solche Vorstrafe beim Beschuldigten als schulderhöhend einzubeziehen ist. Der Grund für eine erhöhte Schuld liegt daran, dass die Wiederholung der Tat eine Fortsetzung der negativen Persönlichkeitsentwicklung darstellt und damit ein größerer Mangel an Wertverbundenheit offenbart wird.³⁷⁹ Die Erschwerungsgründe betreffen mit Ausnahme der Z 2 alle die Strafbemessungsschuld³⁸⁰. § 33 Z 2 StGB hingegen ist ausschließlich spezialpräventionsorientiert.³⁸¹

Die Täterpersönlichkeit spielt beim Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 2 StGB ebenfalls eine Rolle. Dieser Milderungsgrund kommt zur Anwendung, wenn der Täter bisher einen ordentlichen Lebenswandel geführt hat und die Tat mit seinem sonstigen Verhalten in Widerspruch steht. Das Vorliegen eines Milderungsgrundes wird bei der Schuldbewertung nach § 198 Abs 2 Z 2 StPO positiv gewertet. Umgekehrt, wenn kein Milderungsgrund vorliegt, hat das auf die Schuldprüfung genauso negative Auswirkungen wie wenn ein schulderhöhender Erschwerungsgrund vorliegt.³⁸²

Die Milderungs- und Erschwerungsgründe sind nicht taxativ aufgezählt, das bedeutet es können auch andere Gründe als erschwerend oder mildernd angesehen werden. Ein Mitverschulden des Verletzten kann ein Milderungsgrund sein. In der OGH Entscheidung 13 Os 7,8/03³⁸³ entschied der OGH, dass wenn das Opfer ein schwerwiegendes Mitverschulden am Unfall trifft, die Schuld des Beschuldigten als nicht schwer zu bewerten sei.

In der Entscheidung 15 Os 105/90³⁸⁴ wurde der Angeklagte des Verbrechens des Beischlafs mit Unmündigen nach § 206 Abs 1 StGB schuldig erkannt und es kam zu keiner diversionellen Erledigung, da aufgrund der mehrfachen Tatwiederholung die Schuld des Angeklagten als schwer anzusehen war. Der OGH fügte klarstellend in seiner Begründung hinzu, dass ein Überwiegen der Erschwerungsgründe dafür

³⁷⁹ Platzgummer, in FS Pallin 331.

³⁸⁰ Z 1 bezieht sich auf den Erfolgs- und Handlungsunwert, Z 3-5 und 7 auf den Handlungsunwert und die Z 6 bezieht sich auf den Gesinnungsunwert.

³⁸¹ Ebner, WK² § 33 Rz 1.

³⁸² Vgl auch Schütz, Diversionsentscheidungen 84f.

³⁸³ Vgl Kapitel 5.19.

³⁸⁴ Vgl Kapitel 5.3.

keineswegs Voraussetzung ist. Dies führte der OGH auch in der Entscheidung 12 Os 18/03 aus.³⁸⁵

Hingegen merkte das Rechtsmittelgericht in der Entscheidung 13a Bl 615/00 an, dass im Vorsatzbereich die Schuld dann schwer ist, wenn die Erschwerungs- und Milderungsgründe entweder der Zahl oder dem Gewicht nach deutlich überwiegen.

Die schwere Schuld gem § 198 StPO fordert ein gravierendes Verhalten. Grundsätzlich sollten die Erschwerungsgründe gewichtsmäßig, aber nicht zahlenmäßig überwiegen. Anzumerken ist, dass die in den §§ 33 und 34 StGB aufgezählten Gründe nicht nur die Schuld, sondern auch andere – insb präventive – Aspekte betreffen.

In der Entscheidung des LGSt Wien 13a Bl 615/00 führte das LG aus, dass es im Vorsatzbereich für die schwere Schuld auf das Gewicht der Erschwerungsgründe (§ 32 StGB) in Abwägung mit den Milderungsgründen (§ 33 StGB) ankommt. Es ist eine Gesamtbewertung aller Faktoren und die Gewichtung der Erschwerungs- und Milderungsgründe vorzunehmen. Liegt bei der Prüfung der nicht schweren Schuld gem § 198 Abs 2 Z 2 StPO kein Milderungsgrund vor, so hat das auf die Schuldprüfung eine negative Auswirkung. Liegt nur ein Erschwerungsgrund gem § 33 der Z 1, 3 oder 4 vor, so kann nicht automatisch schwere Schuld angenommen werden. Liegt hingegen ein Erschwerungsgrund gem § 33 der Z 5, 6 oder 7 vor, so wird man eher die schwere Schuld bejahen müssen, insb wenn in einem dieser Fälle kein Milderungsgrund vorliegt. Bei dem in § 33 Z 5 StGB angeführten Erschwerungsgrund wird man deswegen eher die schwere Schuld bejahen müssen, da auf die besonders verwerflichen Tatmotive abgestellt wird. Als verwerfliche Tatmotive wurden in die Z 5 auch rassistische und fremdenfeindliche Beweggründe aufgenommen. Die in § 33 Z 6 und 7 StGB angeführten Erschwerungsgründe beziehen sich auf die Art der Tatausführung, nämlich wenn der Täter heimtückisch, grausam oder in einer für das Opfer qualvollen Weise gehandelt hat, oder der Täter bei Begehung der Tat die Wehr- und Hilflosigkeit eines anderen ausgenutzt hat. Auch bei diesen beiden Erschwerungsgründen wird eher die schwere Schuld zu bejahen sein.

8.3. Die Bedeutung des Doppelverwertungsverbots

Das Doppelverwertungsverbot besagt, dass ein und derselbe Umstand nicht zweimal, nämlich zum einen zur Ermittlung des Strafsatzes und zum anderen noch einmal auf

³⁸⁵ Vgl Kapitel 5.20.

der konkreten Ebene, verwertet werden darf. § 32 Abs 2 StGB trägt in seinem ersten Satz dem Gericht auf, „die Erschwerungs- und Milderungsgründe ... gegeneinander abzuwägen“ und schränkt im zweiten Satz gleich ein: „soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen“. Bei Delikten wie Körperverletzung oder Diebstahl gibt es beispielsweise Qualifikationen und Privilegierungen. Ein besonderer Erfolg oder der besondere Wert der Beute können strafsatzändernd sein, hingegen hat bei anderen Delikten das Ausmaß des Schadens keine derartige Wirkung, sondern die Berücksichtigung findet erst bei der Strafzumessung statt.³⁸⁶ Hingegen spielt es innerhalb der Qualifikationen schon eine Rolle, um wie viel die Qualifikation überschritten ist. Es darf zB bei einem schweren Diebstahl gemäß § 128 Abs 1 Z 4 StGB mit einem Beutewert von 3.100 EUR der Wert in Hinsicht auf die Strafzumessung nicht noch einmal gewertet werden. Hier gilt ein Doppelverwertungsverbot. Ist der Wert der Beute hingegen 49.000 EUR, so darf dies bei der Strafzumessung sehr wohl berücksichtigt werden.

Da das Doppelverwertungsverbot nur im Verhältnis von Tatbestandsmerkmalen zu Strafzumessungsfaktoren gilt, nicht aber im Verhältnis von Schuld Faktoren zu Präventionsfaktoren, dürfen daher auch Umstände, welche bei der Strafzumessung iW (wie Entscheidung nach § 43 StGB) herangezogen wurden, erneut berücksichtigt werden. Aus der Berücksichtigung der Präventions Gesichtspunkte ergibt sich die Entscheidung darüber, was unter spezialpräventiven oder generalpräventiven Gesichtspunkten angezeigt erscheint. Nach *Zipf* macht es schon der Gesichtspunkt der Ambivalenz notwendig, denselben Faktor auf beiden Bewertungsebenen heranzuziehen, dies allerdings unter Umständen mit jeweils unterschiedlicher Bewertungsrichtung und anderer Gewichtung.³⁸⁷

Im Rahmen des § 198 Abs 2 Z 2 StPO erlangt das Doppelverwertungsverbot keine Relevanz, weil bei der Diversion keine Strafhöhe festgesetzt werden muss. Aus diesem Grund sind strafsatzändernde Umstände wie Qualifikationen und Privilegierungen – soweit sie die Schuld betreffen – zu berücksichtigen.³⁸⁸

Nach *Schütz* wäre es dann eine unzulässige Doppelverwertung, wenn zwar die richtige Einstiegshöhe in den Strafraumen bei der deliktsübergreifenden Bewertung berücksichtigt worden sei, zusätzlich aber Umstände als erschwerend gewertet würden, die die Strafdrohung mitbestimmen. Doch ist es gerade bei der diversionellen Erledigung kaum möglich, einen Verstoß festzustellen, da die Diversionsentscheidung

³⁸⁶ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 292.

³⁸⁷ *Zipf*, ÖJZ 1979, 203.

³⁸⁸ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 303.

keine Übersetzung in ein Strafmaß verlangt und bei einer ablehnenden Diversionsentscheidung die Art der Berücksichtigung des konkret anzuwendenden Strafrahmens nicht vorliegt.³⁸⁹

8.4. Einfluss von Vorsatz und Fahrlässigkeit auf die Schuld

Im Bezug auf den strafrechtsdogmatischen Schuldbegriff unterscheidet man Vorsatzschuld und Fahrlässigkeitsschuld. Mit dem Unwerturteil der Vorsatzschuld wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich wissentlich und willentlich gegen das Recht und für das Unrecht entschieden hat.³⁹⁰ Das spezifische Unrecht der fahrlässigen Tat besteht darin, dass der Täter ein Rechtsgut durch eine objektiv sorgfaltswidrige Handlung beeinträchtigt hat.³⁹¹

Bei fahrlässig begangenen Straftaten gilt schon generell wegen ihres, im Vergleich zu Vorsatzdelikten, geringeren Unrechtsgehalts, dass nur in wenigen Fällen eine schwere Schuld angenommen werden muss.³⁹²

Nach *Schroll* muss der Ansatz, dass der Schuldbegriff in § 198 Abs 2 Z 2 StPO nicht zwischen Fahrlässigkeits- und Vorsatztat differenziert, dahingehend präzisiert werden, dass nicht der typische Schuldgehalt des der Anzeige zugrunde liegenden Delikts bzw des im Verhältnis dazu stehenden Grunddelikts als Vergleichsbasis zu einem noch nicht schweren Verschulden heranzuziehen ist, sondern eine Relation zu den aufgrund ihrer Strafdrohungen insgesamt im Einzugsbereich der Diversion liegenden Delikten herzustellen ist.³⁹³

Schütz lehnt die Auffassung, dass es bei Fahrlässigkeitsdelikten für die Prüfung nach § 198 Abs 2 Z 2 StPO darauf ankommt, ob es sich um eine „auffallende“ oder „grobe“ Sorglosigkeit handle, strikt ab. Für ihn ist kein Grund ersichtlich, weshalb bei Vorsatzdelikten vom Gewicht der Strafzumessungsschuld auszugehen wäre, bei Fahrlässigkeitsdelikten aber nicht. Diesen Schluß zieht er daher, dass das Delikt der „grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“ (§ 159 StGB) diversionell erledigbar ist, denn aus dem Vorliegen grober Fahrlässigkeit ist nicht gleich zu folgern,

³⁸⁹ *Schütz*, Diversionsentscheidungen 103.

³⁹⁰ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 85.

³⁹¹ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 163.

³⁹² *Schütz*, Diversionsentscheidungen 152.

³⁹³ *Schroll*, Dert Sachverständige 2003/3, 142.

dass eine schwere Schuld nach § 198 Abs 2 Z 2 StPO vorliege.³⁹⁴ Auch bei Begehung eines Fahrlässigkeitsdelikts unter besonders gefährlichen Verhältnissen nach § 81 StGB ist nach *Schütz* nicht generell schwere Schuld anzunehmen, denn die geringen Strafraumen dieser Delikte führen zur Annahme, dass gerade hier ein großes Potenzial an Fällen mit nicht schwerer Schuld bestehe.³⁹⁵ Diese Ansicht ist nicht richtig, da die „besonders gefährlichen Verhältnisse“ nicht den Erfolg betreffen, sondern ausschließlich die besondere Gefährlichkeit der Handlung. Nach allgemeiner Ansicht kommt es bei der Z 1 auf die gegenüber dem Normalfall qualitativ verschärfte Gefahrenlage an, und danach handelt unter besonders gefährlichen Verhältnissen, wer die Tat unter Umständen begeht, welche aus der Sicht ex ante nach allgemeiner Erfahrung die außergewöhnlich hohe Wahrscheinlichkeit eines Unfalls mit tödlichem Ausgang oder schweren Folgen (§ 84 StGB) begründeten. Als Beispiele wäre hier das Bewerfen eines fahrenden PKW mit Ziegelsteinen, das Einschlagen auf einen anderen mit geladener Pistole oder das Zufahren auf einen amtshandelnden Polizisten mit Vollgas zu nennen.³⁹⁶ Gerade dies wird in vielen Fällen „schwere Schuld“ begründen. Auch *Schwaighofer* vertritt die Ansicht, dass fahrlässige Tötungen unter besonders gefährlichen Verhältnissen gem § 81 StGB auch bei Jugendlichen (Zulässigkeit der Diversion trotz Todesfolge) idR nicht diversionell erledigt werden können, da die Grundvoraussetzung immer ist, dass die Schuld nicht schwer ist.³⁹⁷

In der Entscheidung 13a Bl 615/00³⁹⁸ hat das Landesgericht für Strafsachen Wien als zweite Instanz die schwere Schuld im Fahrlässigkeitsbereich definiert, nämlich dass sie dem zivilgerichtlichen Begriff der groben Fahrlässigkeit entspricht. In dem Fall wurde der Angeklagten zur Last gelegt, als PKW-Lenkerin beim Linksabbiegen, nachdem sie zunächst einen entgegenkommenden Bus passieren ließ, den von links nach rechts am Schutzweg überquerenden Fußgänger übersehen zu haben, wodurch dieser schwere Verletzungen erlitt. Das Erstgericht hatte das Verschulden als nicht schwer gewertet, da sie weder bei Rotlicht in die mit Ampeln geregelte Kreuzung eingebogen war, noch mit überhöhter Geschwindigkeit gefahren war. Deswegen sei ihr eine ungewöhnliche und auffallend sorglose Handlungsweise somit nicht anzulasten. Das LGSt hingegen führte in der Begründung aus, dass im vorliegenden Fall die Sorglosigkeit der Angeklagten, trotz Sichtbehinderung durch den entgegenkommenden

³⁹⁴ *Schütz*, Diversionsentscheidungen 78.

³⁹⁵ *Schütz*, Diversionsentscheidungen 153.

³⁹⁶ *Kienapfel/Schroll*, BT I², 77.

³⁹⁷ *Schwaighofer*, ZVR 2008/119, 282.

³⁹⁸ Siehe Kapitel 5.9.

Bus auf einen Schutzweg einzubiegen, eine grobe Fahrlässigkeit darstelle. Weiters komme den generalpräventiven Überlegungen im Straßenverkehrsverhalten eine große Bedeutung zu, besonders, wie im vorliegenden Fall – so das LGSt Wien – bei einer auffälligen Sorglosigkeit und einer der Beschuldigten somit anzulastenden Schuld anhand der schweren Verletzungen des Opfers. Es müsse daher die Schuld der Angeklagten als schwer angesehen werden.

Hier setzt das LGSt in Wien die schwere Schuld nach § 198 Abs 2 Z 2 StPO mit dem schweren Verschulden gem § 88 Abs 2 StGB gleich. Dies würde bedeuten, dass bei schwerem Verschulden iSd § 88 Abs 2 StGB die Anwendbarkeit des § 88 Abs 2 StGB sogar bei bloß leichten Körperverletzungen von Angehörigen entfiere und gleichzeitig auch die Anwendbarkeit der Diversion nicht möglich wäre. Weiters wurden in diesem Fall generalpräventive Überlegungen mit der Schuld vermischt, da das LGSt Wien die generalpräventiven Überlegungen mit der auffälligen Sorglosigkeit und einer der Beschuldigten somit anzulastenden Schuld verbunden hat. Die nicht schwere Schuld des Beschuldigten bezieht sich gem § 198 Abs 2 Z 2 StGB auf die Strafzumessungsschuld, welche va das Unrecht der Tat sowie den sog Gesinnungsunwert umfasst. Es ist folglich nicht richtig, festzustellen, dass aus generalpräventiven Gründen die Schuld schwer ist. Die Generalprävention darf gem § 198 StPO als eigenständige Voraussetzung ebenfalls der Diversion nicht als Hindernis entgegenstehen.

In der Entscheidung 13 Os 7,8/03³⁹⁹ führte der OGH in der Begründung aus, dass im Gegensatz zu § 42 Z 1 StGB alt (jetzt § 191 StPO) und § 88 Abs 2 StGB bei § 90a Abs 2 Z 2 StPO (jetzt § 198 Abs 2 Z 2 StPO) auch die Intensität der deliktsspezifischen Rechtsgutbeeinträchtigung, dh der zurechenbare Erfolg, im Rahmen der Schuldfrage zu prüfen ist. Beziehe sich das Handlungsunrecht auf einen erheblich deliktischen Erfolg, so führe dies freilich nicht zwangsläufig zur Annahme einer insgesamt schwerwiegenden Schuld, da insbesondere bei Fahrlässigkeitsdelikten eine geringfügige objektive Sorgfaltswidrigkeit im Zusammenhang mit einem zuzurechnenden erheblichen Erfolgsunrecht noch ein durchschnittliches Verhalten zu begründen vermag. Das Schuldgewicht fahrlässigen Verhaltens werde auch vom Erkennbarkeitsgrad der Gefahr eines Schadenseintrittes bestimmt. Je wahrscheinlicher die Rechtsgutsverletzung werde, umso schwerer wiege die Schuld. Dem „erkennbaren Gefährlichkeitsgrad des Verhaltens“ komme damit maßgebliche Bedeutung zu.

Hinsichtlich der inneren Einstellung des Täters gegenüber dem von ihm verwirklichten Tatbestand und der schweren Schuld ist wie folgt zu differenzieren. Der Gradmesser

³⁹⁹ Siehe Kapitel 5.19.

der Schuld ist das jeweils verwirklichte Handlungsunrecht gem § 32 Abs 3 StGB, wobei zusätzlich auch das Erfolgsunrecht einzubeziehen ist. Bei der Gewichtung des Erfolgsunrechts ist nach § 32 Abs 3 StGB darauf abzustellen, dass nur die vom Täter verschuldete Schädigung oder Gefährdung zu berücksichtigen ist. Daher wiegt die absichtliche Herbeiführung eines erheblichen Deliktserfolgs besonders schwer, die bloß bedingt vorsätzlich verursachte Schädigung schlägt sich nach *Schroll* weniger aggravierend zu Buche und die unbewusst fahrlässige Herbeiführung eines deliktischen Erfolges wirkt sich auch bei bedeutsamen Folgen nur minimal auf die Schuldschwere aus. Aus diesem Grund ist gerade bei den Fahrlässigkeitsdelikten ein diversionsausschließendes schweres Verschulden nur in besonderen Ausnahmefällen anzunehmen.⁴⁰⁰

8.4.1. Diversion bei Verkehrsunfällen

8.4.1.1. Einleitung

Vor dem In-Kraft-Treten der StPONov 1999 am 1.1.2000 spielten diversionelle Erledigungen von Straßenverkehrsdelikten nur eine sehr geringe Rolle, da das wesentliche Instrument bei Verkehrsunfällen die Geldbuße ist, die erst mit der StPONov 1999 am 1.1.2000 eingeführt wurde. Diese Situation hat sich ab diesem Zeitpunkt – wie bereits erwähnt – grundlegend verändert. Ein großer Anteil der Straßenverkehrsdelikte (weil Fahrlässigkeitsdelikte) fällt in das Anwendungsgebiet der Diversion und Straßenverkehrsdelikte bilden mittlerweile einen großen Anteil des tatsächlichen Anwendungsgebietes der Diversion. Alleine in den ersten neun Monaten des Jahres 2000 betrafen von den bundesweit über 30.000 Diversionsangeboten mehr als 10.000 Fälle – das sind rund ein Drittel – Strafsachen wegen Verkehrsunfällen.⁴⁰¹ Der Anteil der diversionellen Erledigungen bei Straßenverkehrsdelikten sank zwar von 2005 bis 2008 leicht, dennoch hatten Verkehrsdelikte, gemessen an den diversionellen Erledigungen, im Jahr 2008 insgesamt einen Anteil von ca 30%. Dies ist der größte Anteil an allen diversionellen Erledigungen, gefolgt von der diversionellen Erledigungen, der Ladendiebstähle, mit ca 10%.⁴⁰² Im Bereich der praxisrelevanten Fahrlässigkeitsdelikte im Straßenverkehr bilden diversionelle Erledigungen somit die

⁴⁰⁰ *Schroll*, WK-StPO § 198 Rz 16.

⁴⁰¹ *Schütz*, Diversionelle Erledigung bei Straßenverkehrsdelikten, ZVR 2001, 173.

⁴⁰² *Burgstaller*, ZVR 2009/244, 468.

Regel⁴⁰³, und eine Diversion ist nur in besonderen Ausnahmefällen wegen Vorliegens von schwerer Schuld ausgeschlossen.⁴⁰⁴

Die Besonderheit liegt in der, für das Fahrlässigkeitsstrafrecht typischen, Erfolgsbezogenheit der strafrechtlichen Verantwortung, denn im gerichtlichen Strafrecht spielt die Schwere des Erfolges eine zentrale Rolle. Ein geringer Sorgfaltsverstoß kann relativ schwere Folgen und eine empfindliche strafrechtliche Reaktion nach sich ziehen. Andererseits können schwerwiegende Sorgfaltsverstöße folgenlos und von jeder strafrechtlichen Verantwortlichkeit frei bleiben. Und genau dieses Zufallselement der strafrechtlichen Haftung hat die Frage aufgeworfen, inwieweit eine gerichtliche Bestrafung bei Verkehrsdelikten überhaupt general- und spezialpräventiv sinnvoll ist: Spezialpräventiv deswegen, da die verdächtige Person häufig als sozial gut integriert und durch die Tat und das nachfolgende Verfahren hinreichend betroffen erscheint, und in generalpräventiver Hinsicht ist zu fragen, ob der durchschnittliche Autofahrer eher durch Angst vor eigenen Verletzungen oder vor Verletzungen seiner Mitfahrer, die Sorge um das Auto oder die drohenden verwaltungsrechtlichen Folgen zu verkehrsgrechtem Verhalten motiviert werde als durch die Angst vor einer gerichtlichen Verurteilung.⁴⁰⁵

Bei Verkehrsstrafsachen (Fahrlässigkeitsdelikte) wird es dann zu einer als schwer zu bewertenden Schuld kommen, wenn ein außergewöhnlich gravierender Sorgfaltsverstoß vorliegt, der einen Schadenseintritt mehr als wahrscheinlich erscheinen lässt.

Ganz generell ist zu sagen, dass bei grundlegenden Verstößen gegen die Vorschriften der StVO, wie das Überfahren einer Stopptafel oder das Überqueren der Kreuzung bei Rotlicht, nicht ohne weiteres von schwerer Schuld ausgegangen werden kann. Allerdings können besondere Umstände, wie beträchtliche Alkoholisierung, erheblich rücksichtslose, aggressive und gefährliche Fahrweise, aufgrund des hohen Gesinnungsunwertes gegen eine diversionelle Erledigung sprechen.⁴⁰⁶

⁴⁰³ Dies deshalb, weil einerseits im Hinblick auf die Strafdrohung von drei (§ 88 Abs 1 StGB) bzw sechs (§ 88 Abs 4 erster Fall StGB) Monaten im Verhältnis zum Einzugsbereich der Diversion bei Delikten mit einer Strafdrohung bis zu fünf Jahren und andererseits wegen des geringen Handlungsunwerts des Fahrlässigkeitsdelikts im Vergleich zum (diversionell erledigbaren) Vorsatzdelikt.

⁴⁰⁴ Schroll, Die Fortentwicklung der Diversion durch die Rechtsprechung, in FS Miklau 502.

⁴⁰⁵ Schütz, ZVR 2001, 174.

⁴⁰⁶ Vgl Schwaighofer, ZVR 2008/119, 280.

Wenn das Opfer ein schwerwiegendes Mitverschulden am Unfall trifft, so ist die Schuld des Beschuldigten als nicht schwer zu bewerten. Dies entschied der OGH in der Entscheidung 13 Os 7,8/03⁴⁰⁷: In diesem Fall wurde der Beschuldigte des Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 und 4 1. Fall StGB erstinstanzlich schuldig gesprochen, weil er als Lenker eines PKW beim Einbiegen in die Kreuzung einen Jogger zu spät bemerkte und diesen am Körper an sich schwer verletzte. Das Opfer erlitt eine Schädelprellung, eine zweifache Rissquetschwunde am Stirnbein, eine Prellung und Abschürfung beider Kniegelenke, Abschürfungen des Sprunggelenks rechts sowie einen Bruch des Endgliedes der zweiten Zehe links. Der OGH hob die Urteile des BG und des LG auf und verwies die Sache an das Bezirksgericht mit dem Auftrag, nach den Bestimmungen des IXa. Hauptstücks vorzugehen. Er führte in seiner Begründung aus, dass den Verletzten, welcher – dunkel gekleidet kaum auszumachen – in schneller Bewegung abseits eines nahe gelegenen Schutzweges die Fahrbahn zu queren versuchte, ein schwerwiegendes Mitverschulden am Unfall treffe, wohingegen sich der Beschuldigte der Unfallstelle mit reduzierter Geschwindigkeit von 30 bis 40 km/h näherte.

Schroll merkt zur Entscheidung 13 Os 7,8/03 an, dass – selbst wenn der Kreuzungsbereich ein hohes Aufmerksamkeitspotenzial für den Fahrer verlangt – nicht jedes Sorgfaltsdefizit im Nahebereich einer Kreuzung bereits als eine außergewöhnliche, mit hoher Schadensanfälligkeit verbundene Sorglosigkeit bewertet werden könne.⁴⁰⁸

In der Entscheidung des LG für Strafsachen Wien 13a BI 619/00⁴⁰⁹ nahm das Berufungsgericht schwere Schuld im Sinne des § 90a Abs 2 Z 2 StPO alt an, da die Angeklagte keine Sichtbehinderung hatte und ihr eine auffallende Sorglosigkeit durch Einfahren in eine dicht befahrene Kreuzung bei Rot angelastet werden könne. Besonders im Straßenverkehr sei auf Grund der potenziellen schweren Folgen auf dieser Kreuzung erhöhte Sorgfalt geboten. Einem sorgfältigen Autofahrer wäre eine solche Unachtsamkeit und auffallende Sorglosigkeit nicht passiert. Somit komme eine Diversion auch aus generalpräventiven Überlegungen, denen im Straßenverkehr besonders Augenmerk geschenkt werden muss, nicht in Frage.

⁴⁰⁷ Siehe Kapitel 5.19.

⁴⁰⁸ *Schroll*, Der Sachverständige 2003/3, 143.

⁴⁰⁹ Siehe Kapitel 5.10.

ME ist nicht bei jedem Sorgfaltsverstoß im Straßenverkehr von einer schweren Schuld des Beschuldigten auszugehen. Bei Fahrlässigkeitsdelikten sollte nur in Ausnahmefällen, nämlich bei einem außergewöhnlich gravierenden Sorgfaltsverstoß, der einen Schadenseintritt mehr als wahrscheinlich erscheinen lässt, eine schwere Schuld angenommen werden. Hinsichtlich der Generalprävention ist es wichtig, dass sowohl der Allgemeinheit als auch dem Opfer gegenüber nicht der Eindruck vermittelt wird, dass es zu einer Bagatellisierung einer Straftat kommt, sondern, dass vernünftig und angemessen reagiert wird. Gerade mittels Diversion ist es möglich, intensiver zu reagieren, als bei einem normalen Strafverfahren und daher ist es auch bei Verkehrsunfällen mit Personenschaden generalpräventiv unbedenklich mittels Diversion vorzugehen.⁴¹⁰

8.4.1.2. Verkehrsunfälle mit Alkoholeinfluss

Da Verkehrsunfälle unter Alkoholeinfluss aufgrund des gesonderten Ausweises in Statistiken aufscheinen, lässt sich erkennen, dass von der Möglichkeit einer diversionellen Erledigung auch bei diesen Delikten, wenn auch zurückhaltend, aber dennoch Gebrauch gemacht wird. Im Jahr 2000 wurden 0,4 % aller Diversionsfälle wegen Verkehrsunfällen unter Alkoholeinfluss erledigt (33 % waren Strafsachen wegen Verkehrsunfällen ohne Alkoholeinfluss) und im Jahr 2007 waren es 0,3 % (30 % waren Strafsachen wegen Verkehrsunfällen ohne Alkoholeinfluss). Im Jahr 2000 wurden 93 % von diesen Fällen mittels Zahlung eines Geldbetrages erledigt. *Grafl* vermutet, dass es sich bei den wenigen Tatverdächtigen um Personen mit einem Alkoholisierungsgrad knapp über dem Grenzwert und deliktsspezifisch geringem Verschulden handelt. Er nimmt bei Nichtkenntnis über die Art der Einzelfälle an, dass gerade in diesem Bereich häufiger von sozialkonstruktiven Maßnahmen wie gemeinnützigen Leistungen oder Probezeit mit Auferlegung von Pflichten Gebrauch gemacht werden sollte.⁴¹¹

Eine korrekte Zahl der Todesopfer durch Alkoholunfälle ist alleine deswegen schon unmöglich anzugeben, weil bei tödlichen „Alleinunfällen“, welche ca 40 % der Schwerstunfälle ausmachen, keine Alkoholuntersuchung am Lenker vorgenommen wird.⁴¹² Der Prozentsatz der alkoholisierten Fahrer in den Unfallstatistiken enthält angeblich eine Dunkelziffer bis zu 50 %, welche auf folgende Ursachen zurückzuführen ist: Fahrerflucht, nur Eigenschaden, Einigung mit der Gegenseite bei geringen

⁴¹⁰ Vgl. *Schwaighofer*, ZVR 2008/119, 281.

⁴¹¹ *Grafl*, ÖJZ 2001, 418.

⁴¹² *Hackensteiner*, Alkohol im Straßenverkehr – Die Alkoholbestimmungen der StVO (1995), 66.

Sachschäden, Pseudo-Ernüchterung durch den Schock, Einnehmen von Pfefferminz, Menthol, Knoblauch, etc.⁴¹³

§ 5 Abs 1 StVO⁴¹⁴ regelt, dass jemand, der sich in einem durch Alkohol oder Suchtgift beeinträchtigten Zustand befindet, ein Fahrzeug weder lenken noch in Betrieb nehmen darf. Es liegt eine absolute Fahruntüchtigkeit vor, dies deshalb, weil der Beweis des Gegenteils, nämlich dass eine Alkoholbeeinträchtigung (zB aufgrund besonderer Alkoholverträglichkeit) nicht vorliegt, ausgeschlossen ist.⁴¹⁵

Jedenfalls gilt der Zustand einer Person dann als durch Alkohol beeinträchtigt, wenn der Alkoholgehalt ihres Blutes 0,8 ‰ oder ihrer Atemluft 0,4 mg/l erreicht hat respektive darüber liegt.⁴¹⁶ Das Wort „jedenfalls“ bedeutet zweifellos, dass eine Beeinträchtigung einer Person durch Alkohol auch schon bei einem Blutalkoholgehalt von weniger als 0,8 ‰ oder einem Alkoholgehalt der Atemluft von weniger als 0,4 mg/l gegeben sein kann (Minderalkoholisierung⁴¹⁷). Hier spricht man von der so genannten relativen Fahruntüchtigkeit, bei der man nachweislich keinen der gesetzlichen Grenzwerte erreicht, aber dennoch erwiesenermaßen fahruntüchtig ist.⁴¹⁸ Nimmt man eine relative Fahruntüchtigkeit an, muss man verschiedene Umstände berücksichtigen, wie zB die Konstitution einer Person, ihre Alkoholverträglichkeit oder den augenblicklichen gesundheitlichen Zustand. Das Problem, das sich ergibt, ist, dass selbst wenn bei einer klinischen Untersuchung eine mittelstarke Alkoholisierung von zB 0,55 ‰ festgestellt wurde, von der Behörde dennoch im Einzelfall erhoben werden muss, aufgrund welcher Umstände Abweichungen von der allgemeinen Lebenserfahrung⁴¹⁹ zu rechtfertigen sind. Als Beispiel könnte die Alkoholunverträglichkeit genannt werden.⁴²⁰

§ 14 Abs 8 FSG normiert, dass ein Kraftfahrzeug nur in Betrieb genommen oder gelenkt werden darf, wenn beim Lenker der Alkoholgehalt des Blutes weniger als 0,5

⁴¹³ *Gaisbauer*, Fahrsicherheit und 0,8-Promille-Grenze, JBl 1963, 365.

⁴¹⁴ § 5 Abs 1 1. Satz StVO: Wer sich in einem durch Alkohol oder Suchtgift beeinträchtigten Zustand befindet, darf ein Fahrzeug weder lenken noch in Betrieb nehmen.

⁴¹⁵ *Hackensteiner*, Alkohol im Straßenverkehr 56.

⁴¹⁶ § 5 Abs 1 2. Satz StVO.

⁴¹⁷ Wobei man in diesem Falle ohne erarbeiteten Befund eines ärztlichen Sachverständigen und dessen daraus gezogenen Gutachten diese Annahme kaum treffen kann.

⁴¹⁸ *Hackensteiner*, Alkohol im Straßenverkehr 56.

⁴¹⁹ Annahme, dass bei einem Blutalkoholgehalt von 0,55 ‰ idR keine mittelstarke Alkoholisierung vorliegt und auch im Allgemeinen die Fahrtüchtigkeit noch nicht in einer dem § 5 Abs 1 zuwiderlaufenden Weise beeinträchtigt ist.

⁴²⁰ *Fous/Pürstl/Somereider*, Alkohol und Suchtgift im Straßenverkehr - Erläuterungen und Rechtsprechung (1996) § 5 Abs 1 2. Satz Rn 12.

g/l (0,5 Promille) oder der Alkoholgehalt der Atemluft weniger als 0,25 mg/l beträgt. Mit der Einführung der 0,5 ‰ Grenze im FSG wurden für Kraftfahrzeugfahrer, nicht jedoch für andere Fahrzeuglenker wie zB Radfahrer, Sanktionen für den Verstoß gegen diese Norm festgesetzt. Liegt der Alkoholgehalt des Blutes bei 0,8 ‰ oder darüber, gilt der Zustand einer Person, die ein Fahrzeug lenkt oder in Betrieb nimmt, als beeinträchtigt. Dies löst verwaltungsstrafrechtliche, straf- und zivilrechtliche Sanktionen aus. Hingegen begeht der Lenker eines Kfz bei einem Blutalkoholgehalt von 0,5 bis 0,79 ‰ zunächst eine Verwaltungsübertretung, wird ein Führerscheinentzug bei der ersten Übertretung lediglich angedroht.

Aus medizinischer Sicht ergibt sich, dass eine Alkoholbeeinträchtigung die Fähigkeit, ein Auto sicher zu lenken, verändert, da die körperliche und psychische Leistungsfähigkeit durch den Alkoholkonsum herabgesetzt ist. Ab einem Atemalkoholwert von 0,25 mg/l werden die einlaufenden Signale der Wahrnehmung im limbischen System falsch bewertet, was dazu führt, dass Situationen als minder gefährlich eingestuft werden oder die Gefahr als solche gar nicht erkannt wird. Durch die Enthemmung kommt es zu einer Über- und Unterschätzung, wobei selbst geübte Fahrer sehr gefährdet sind. Aus verminderter Selbstkritik, dh der Unfähigkeit, die eigene Fahrleistungsfähigkeit richtig einzuschätzen, folgt eine Bereitschaft zu gewagtem und sorglosem Fahrverhalten ohne gehörige Beachtung von Gefahren. Die in geringerem Maße Alkoholisierten verursachen im Vergleich zu stärker Betrunkenen häufiger besonders schwere Unfälle (dh solche mit Körperverletzungs- und Todesfolgen).⁴²¹ Ab einem Atemalkoholwert von 0,40 mg/l tritt eine Verlängerung der Reaktionszeit auf und ab einem Atemalkoholwert von 0,75 mg/l finden sich schwere Wahrnehmungsstörungen mit deutlicher Verlangsamung der Reaktion.⁴²² Beeinträchtigungen der Fahrleistungsfähigkeit, zB die Verschlechterung von Funktionen, die für das sichere Lenken eines Fahrzeuges besonders bedeutsam sind, wie ungetrübtes Sehvermögen, peripheres Sehen, Dunkelsehen etc, können auch schon bei Alkoholisierungsgraden unter 0,8 ‰ auftreten und erhöhen das Unfallrisiko beträchtlich.⁴²³

Folgende drei Fahrfehler werden auf Alkoholeinwirkung zurückgeführt:

- Zu schnelles Fahren,
- Übersehen von Hindernissen und
- Abkommen von der Fahrbahn.

⁴²¹ Hackensteiner, Alkohol im Straßenverkehr 63.

⁴²² Fous/Pürstl/Somereder, Alkohol, § 5 Abs 1 2. Satz Rn 14ff.

⁴²³ Hackensteiner, Alkohol im Straßenverkehr 61f.

Weiters wurde festgestellt, dass mindestens die Hälfte der Fahrzeuglenker mit einem Blutalkoholwert von 0,5 ‰ nicht mehr fahrsicher sind und die Wahrscheinlichkeit der Verursachung eines tödlichen Unfalls durch einen Lenker mit 0,8 ‰ Alkohol im Blut gegenüber einem Nüchternen bereits das 4,52-fache beträgt.⁴²⁴

Eine weitere zu berücksichtigende Regelung findet sich in § 4 Abs 3 FSG⁴²⁵, welche Nachschulungen für Probescheinbesitzer, die nicht mit einem Führerscheinentzug verbunden sind, regelt. Die Nachschulung wird bei Begehung eines „schweren Verstoßes“ in der Probezeit angeordnet, allerdings ist die Voraussetzung dafür eine rechtskräftige gerichtliche Bestrafung wegen eines schweren Verstoßes. Das Problem, das bei einer diversionellen Erledigung entsteht, ist nun, dass eben die Einstellung des Verfahrens durch den StA gem § 198 StPO oder durch das Gericht gem § 199 StPO nicht als Bestrafung und weiters auch nicht als bindende Entscheidung, ob die Tat begangen wurde, angesehen werden kann.⁴²⁶ Dies wiederum hat zur Folge, dass die Anordnung einer Nachschulung gem § 4 Abs 3 FSG bei einem Probeführerscheinbesitzer, bei dem ein Strafverfahren wegen § 88 StGB⁴²⁷ diversionell erledigt wurde, nicht zulässig wäre. Dies könnte allerdings dadurch ausgeglichen

⁴²⁴ Hackensteiner, Alkohol im Straßenverkehr 64.

⁴²⁵ § 4 (3) FSG Begeht der Besitzer der Lenkberechtigung innerhalb der Probezeit einen schweren Verstoß (Abs 6) oder verstößt er gegen die Bestimmung des Abs 7, so ist von der Behörde unverzüglich eine Nachschulung anzuordnen, wobei die Rechtskraft der Bestrafung wegen eines schweren Verstoßes abzuwarten ist. [...]

⁴²⁶ Vgl auch Hnatek-Petrak, Die Nachschulung für Probescheinbesitzer, Gesetzliche Lücken bei der Möglichkeit der Anordnung, ZVR 2002, 143.

⁴²⁷ § 4 Abs 6 FSG Als schwerer Verstoß gemäß Abs 3 gelten

1. Übertretungen folgender Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung 1960 – StVO 1960, BGBl. Nr. 159:
 - a) § 4 Abs. 1 lit.a (Fahrerflucht),
 - b) § 7 Abs. 5 (Fahren gegen die zulässige Fahrtrichtung),
 - c) § 16 Abs. 1 (Überholen unter gefährlichen Umständen),
 - d) § 16 Abs. 2 lit.a (Nichtbefolgen von gemäß § 52 lit. A Z 4a und Z 4c kundgemachten Überholverböten),
 - e) § 19 Abs. 7 (Vorrangverletzung),
 - f) §§ 37 Abs. 3, 38 Abs.5 (Überfahren von „Halt“-Zeichen bei geregelten Kreuzungen),
 - g) § 46 Abs. 4 lit.a und b (Fahren auf der falschen Richtungsfahrbahn auf Autobahnen);
2. mit technischen Hilfsmitteln festgestellte Überschreitungen einer ziffernmäßig festgesetzten erlaubten Höchstgeschwindigkeit im Ausmaß von
 - a) mehr als 20 km/h im Ortsgebiet oder
 - b) mehr als 40 km/h auf Freilandstraßen;
3. strafbare Handlungen gemäß den §§ 80, 81 oder 88 Strafgesetzbuch – StGB, BGBl. Nr. 60/1974, die beim Lenken eines Kraftfahrzeuges begangen wurden.

werden, dass bei der diversionellen Erledigung dem Beschuldigten die Pflicht auferlegt wird, sich einer Schulung zu unterziehen.

ME ist bei Verkehrsunfällen unter Alkoholeinfluss prinzipiell von einer schweren Schuld auszugehen. Die hohe Wahrscheinlichkeit, – nämlich das 4,52-fache, wie oben erwähnt - dass es zur Verursachung eines tödlichen Unfalls durch einen Lenker mit Alkohol im Blut (0,8‰) gegenüber einem Nüchternen kommt⁴²⁸, die teils schweren Beeinträchtigungen der Fahrleistungsfähigkeit, die für das sichere Lenken eines Fahrzeugs besonders bedeutsam sind, und die Tatsache, dass die im geringeren Maße Alkoholisierten im Vergleich zu stärker Betrunkenen häufiger besonders schwere Unfälle (dh solche mit Körperverletzungs- und Todesfolgen) verursachen, lassen mich zu dem Schluss kommen, dass Verkehrsunfälle unter Alkoholeinfluss – und zwar unabhängig, ob es ein geringer oder hoher Promille-Wert ist – schwere Schuld indizieren und daher für eine diversionelle Erledigung nicht in Betracht kommen. Der Umstand der Alkoholisierung im Zusammenhang mit dem Lenken eines Fahrzeuges spricht aufgrund des hohen Gesinnungsunwertes gegen eine diversionelle Erledigung.

Auch *Schwaighofer* vertritt die Ansicht, dass wenn der Täter alkoholisiert war, eine Diversion nicht in Frage kommt.⁴²⁹ Er geht davon aus, dass besondere Umstände, wie beträchtliche Alkoholisierung, besonders rücksichtslose, aggressive und gefährliche Fahrweise, die man geradezu als Rowdytum am Steuer bezeichnen kann – also ein Verhalten, das den besonders gefährlichen Verhältnissen iSd des § 81 Abs 1 StGB entspricht oder nahe kommt – , wegen des hohen Gesinnungsunwerts gegen eine diversionelle Erledigung sprechen.⁴³⁰

Schütz hingegen ist der Ansicht, dass in wesentlichen Fällen der Gefährdung oder Verletzung von Personen im Straßenverkehr bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 81 Z 2 StGB unter Heranziehung der jeweils anzuwendenden Strafdrohungen sogar angenommen werden kann, dass im Hinblick auf die Schwere der Schuld ein erhebliches Potenzial an diversionsfähigen Fällen besteht.⁴³¹ ME ist diese Ansicht nicht zu teilen, da § 81 Z 2 StGB als Grundvoraussetzung hat, dass der Täter sich in einen Rauschzustand versetzt, bei welchem es sich um eine vorübergehende Bewusstseinsstörung handelt, die einerseits durch eine Hemmung der intellektuellen und körperlichen Fähigkeiten sowie andererseits durch eine Enthemmung im

⁴²⁸ *Hackensteiner*, Alkohol im Straßenverkehr 64.

⁴²⁹ *Schwaighofer*, in Die Presse vom 17.9.2007.

⁴³⁰ *Schwaighofer*, ZVR 2008/119, 280.

⁴³¹ *Schütz*, Diversionsentscheidungen 89.

voluntativen und emotionalen Bereich charakterisiert ist.⁴³² Ein Rauschzustand spricht aber mE wegen des hohen Gesinnungsunwertes gegen die Annahme einer nicht schweren Schuld und damit gegen eine diversionelle Erledigung.

8.5. Das Nachtatverhalten und die Schuldeinsicht des Beschuldigten

Hier stellt sich erstens die Frage, ob ein positives Nachtatverhalten den Schuldvorwurf reduzieren kann, und zweitens, ob mangelnde Schuldeinsicht die Schuld des Täters vergrößern kann.

Der Bewertungszeitpunkt der Schuld als Anwendungsvoraussetzung für eine Diversionsmaßnahme ist strittig. Wenn man von einem materiellrechtlichen Lösungsansatz über § 42 StGB alt ausgeht, wird der Schuldbegriff vielfach auf die Tatschuld reduziert und damit einem positiven Nachtatverhalten als Ausdruck einer geänderten Einstellung des Beschuldigten zu den rechtlichen Werten wenig Entscheidungsrelevanz eingeräumt. Dementsprechend könnte ein aktives Reueverhalten des Beschuldigten lediglich im Wege einer verbesserten spezialpräventiven Prognose Eingang in eine Diversionsabwägung finden. Aber genau die Diversion ermöglicht es, „den Schuldbegriff möglichst umfassend im Sinne einer Reaktionsabwägung analog der Strafzumessungsschuld zu sehen“.⁴³³

8.5.1. Positives Nachtatverhalten im Verhältnis zur Generalprävention

Dem Nachtatverhalten bei einer Diversionserledigung kommt auch Bedeutung zu, weil bei der Schuldprüfung nach § 198 Abs 2 Z 2 StPO (§ 90a Abs 2 Z 2 StGB alt) nicht bloß auf die (auf den Tatzeitpunkt bezogene) Tatschuld, sondern auch auf die Strafbemessungsschuld iS einer umfassenden Bewertung aller Strafzumessungsfaktoren abzustellen ist. Insbesondere wenn die (noch innerhalb des durch § 198 Abs 2 Z 1 StPO vorgegebenen Strafrahmens liegenden) schwer wiegenden Tatfolgen ausgeglichen werden, reduziert sich der Schuldvorwurf. Trotz eines ursprünglich hohen Handlungs- und Erfolgsunrechts – vor zB erfolgtem Tatausgleich – kann daher bei einem Reueverhalten nach der Tat uU das Verschulden als nicht mehr schwer gewertet werden.⁴³⁴

⁴³² Burgstaller, WK² § 81 Rz 40.

⁴³³ Schroll, Strafverfahren ohne Strafe 59.

⁴³⁴ Schroll, WK-StPO § 198 Rz 25.

Schütz hingegen meint, dass das Nachtatverhalten bei der Schuldprüfung außer Betracht zu bleiben habe⁴³⁵, die Wiedergutmachung aber im Rahmen der Schuldprüfung sehr wohl Beachtung finden müsse⁴³⁶. Denn sonst könnte nachträglich die Schuldschwere manipuliert werden. Andererseits sieht er darin einen Anreiz zur selbstständigen Erbringung von Wiedergutmachungsleistungen, welche aber den Nachteil mit sich bringen würde, dass auf diese Weise die Unterlassung solchen Wohlverhaltens von seinen Auswirkungen her mit einer nachträglichen Schuldhöhung vergleichbar wäre. Bei der Diversion wäre zu erwarten, dass in entsprechenden Fallkonstellationen die Erbringung einer Leistung zum starren Diversionserfordernis würde. *Schütz* ist der Ansicht, dass das Nachtatverhalten des Beschuldigten allein unter präventiven Gesichtspunkten Berücksichtigung finden sollte.⁴³⁷ Für ihn ist der Ausschluss der Diversion wegen schwerer Schuld nicht davon abhängig, ob der Verdächtige ein positiv zu bewertendes Nachtatverhalten (Geständnis, Wiedergutmachungsleistungen) gesetzt hat oder nicht.⁴³⁸

Wenn eine Diversionsmaßnahme darauf abstellt, dass der Verdächtige eine Wiedergutmachung oder ein sonstiges schuld minderndes Verhalten (etwa die Absolvierung einer Therapie oder Schulung) als Voraussetzung für den endgültigen Verfolgungsverzicht oder die Verfahrenseinstellung erst erbringen wird, kann allein schon die Akzeptanz dieser, mit diesen Maßnahmen verbundenen Belastungen und Mühen durch den Beschuldigten, als Ausgangspunkt für eine in der Gesamtabwägung noch nicht als schwer zu wertenden Schuld genommen werden. Dies umso mehr, als ein endgültiger Verfolgungsverzicht oder eine endgültige Verfahrenseinstellung nur dann in Frage kommt, wenn der Verdächtige die von ihm übernommene Verpflichtung auch tatsächlich erfüllt.⁴³⁹

Das Ziel der positiven Generalprävention ist die Normwahrung durch Stärkung und Bestätigung des Rechtsbewusstseins. Eine für den Beschuldigten spürbare Reaktion – zB die Zahlung einer Geldbuße – vermittelt der Öffentlichkeit ein Signal der Rechtsbewährung, dass sich selbst massenhaft auftretende Delikte nicht lohnen. Dieses Signal wird aber nur dann vermittelt, wenn der Beschuldigte diese Maßnahme auch als Bestätigung der verletzten Rechtsnorm akzeptiert, also eine zumindest

⁴³⁵ *Schütz*, Divisionsentscheidungen 92f.

⁴³⁶ *Schütz*, Divisionsentscheidungen 96.

⁴³⁷ *Schütz*, Divisionsentscheidungen 93; vgl auch *ders*, in *Miklaur/Schroll*, Diversion 27.

⁴³⁸ *Schütz*, Divisionsentscheidungen 154.

⁴³⁹ *Schroll*, WK-StPO § 198 Rz 26.

bedingte Unrechtseinsicht zeigt.⁴⁴⁰ Durch ein positives Nachtatverhalten fällt das Strafbedürfnis der Allgemeinheit weg und dadurch kann der Generalprävention auch auf andere Weise als durch eine gerichtliche Verurteilung Rechnung getragen werden.

Schwaighofer zieht einen Vergleich mit der tätigen Reue gem § 167 StGB: Wenn der Täter freiwillig, rechtzeitig und vollständig den Schaden gutmacht, bleibt er straffrei, ohne dass zusätzlich noch auf unklare generalpräventive Bedürfnisse Rücksicht zu nehmen wäre. *Schwaighofer* ist der Ansicht, dass unter diesen gesetzlichen Voraussetzungen es keiner Bestrafung mehr bedarf, weil der Täter durch sein Verhalten gezeigt hat, dass eine Bestrafung nicht erforderlich ist (vgl § 34 Z 14 und 15 StGB) und dies ist auch der Allgemeinheit gegenüber vertretbar.⁴⁴¹

In die Strafzumessung mit einzufließen hat das Nachtatverhalten eines Geständnisses oder eines Beitrags zur Wahrheitsfindung (§ 34 Abs 1 Z 17 StGB), einer Schadensgutmachung oder einer Abstandnahme von einer weiteren Schadenszufügung (§ 34 Abs 1 Z 18 StGB) sowie eines längeren Wohlverhaltens seit der Tat (§ 34 Abs 1 Z 18 StGB).

Da bei der Schuldprüfung gem § 198 Abs 2 Z 2 StPO nicht nur auf die Tatschuld, sondern auch auf die Strafzumessungsschuld iS einer umfassenden Bewertung aller Strafzumessungsfaktoren abzustellen ist, kommt dem Nachtatverhalten auch bei einer diversionellen Erledigung Bedeutung zu. Es kommt zu einer Reduzierung des Schuldvorwurfes, wenn die schwerwiegenden Tatfolgen ausgeglichen werden. Das bedeutet, dass bei einem Reueverhalten nach der Tat möglicherweise die Schuld nicht mehr als schwer gewertet wird, obwohl ein hoher Handlungs- und Erfolgsunwert vorliegt.⁴⁴²

8.5.2. Schuldeinsicht als Voraussetzung für eine diversionelle Erledigung

In der Entscheidung 15 Os 1/02⁴⁴³ hat der OGH Schuldeinsicht zur Voraussetzung einer Diversion erklärt. Das Gericht nahm es in diesem Fall als erwiesen an, dass der Beschuldigte gemeinsam mit einem Mittäter einem anderen vorsätzlich Abschrüpfungen und Hämatome zugefügt hatte, indem sie diesen zu Boden gerissen, ihn festgehalten und ihm Schläge und Fußtritte versetzt hatten. Weiters wurde festgestellt, dass es dem

⁴⁴⁰ *Schroll*, WK-StPO § 198 Rz 41.

⁴⁴¹ *Schwaighofer*, JBI 1997, 160.

⁴⁴² Vgl *Schroll*, WK-StPO § 198 Rz 25.

⁴⁴³ Siehe Kapitel 5.15.

Beschuldigten darauf angekommen war, ein anderes Opfer durch Drohung, er werde es umbringen, in Furcht und Unruhe zu versetzen. Hinsichtlich der Körperverletzung leugnete der Beschuldigte seine Täterschaft überhaupt, hinsichtlich der gefährlichen Drohung gab er zwar zu, die Äußerungen gemacht zu haben, bestritt aber, die Drohung ernst gemeint und in der vom Gesetz geforderten Absicht gehandelt zu haben. Da der Beschuldigte seine Täterschaft hinsichtlich der Körperverletzung überhaupt geleugnet hatte, sei es nach Ansicht des OGH aus spezialpräventiven Gründen notwendig gewesen, die Strafsache durch Urteil zu erledigen: „Die Möglichkeit einer Diversion hängt nämlich von der Haltung des Beschuldigten ab und setzt Schuldeinsicht, demnach seine Bereitschaft voraus, Verantwortung für das ihm zur Last gelegte Tatgeschehen zu übernehmen. In dem hier aktuellen Fall hat der Beschwerdeführer aber bis zuletzt seine Täterschaft zur Körperverletzung überhaupt geleugnet und zur gefährlichen Drohung die Ernsthaftigkeit seiner Drohung bestritten, sodass eine urteilsmäßige Beendigung des Verfahrens geboten ist, um ihn künftighin von strafbaren Handlungen abzuhalten.“

In der Entscheidung 15 Os 1/02 führte der OGH aus, dass die Übernahme der Verantwortung spätestens bei der diversionellen Erledigung vorliegen müsse: Wenn eine solche Einsicht fehlt und sich der Verteidiger eines bis zuletzt leugnenden Beschuldigten erst im Plädoyer auf eine allenfalls vorzunehmende diversionelle Erledigung berufe, so ende dieses Verhalten in einem Schuldspruch und einer Straffestsetzung.⁴⁴⁴

In der Entscheidung 2 Ob 186/04y des OGH in Zivilrechtsachen hob dieser hervor, dass die Ansicht, Schuldeinsicht sei (generelle) Voraussetzung der Diversion, nach der jüngsten Rsp und Lehre, die kein Verständnis fordere, wohl überholt sei. In diesem Fall stellte sich die Frage, ob Zivilgerichte an eine diversionelle Erledigung gebunden sind. Gegen den Beschuldigten wurde wegen des Verdachts der schweren Körperverletzung ein Strafverfahren eingeleitet, welches im Wege der Diversion nach Bezahlung eines Geldbetrages und eines Teilschmerzensgeldes rechtskräftig eingestellt wurde. Die folgende Schadenersatzklage wurde vom Erstgericht abgewiesen, weil es dem Beschuldigten in der Sachverhaltsschilderung, die jener vom Kläger abwich, Glauben schenkte. Im Rechtsmittelverfahren ging es um die Frage, ob Zivilgerichte an eine diversionelle Erledigung gebunden sind. Dies verneinte der OGH mit der Begründung,

⁴⁴⁴ Schroll, WK-StPO § 198 Rz 36.

dass es zu keiner strafrechtlichen Verurteilung komme und es daher an einem Schuldspruch fehle.⁴⁴⁵

In der Entscheidung 11 Os 126/03⁴⁴⁶ führte der OGH in der Begründung aus, dass die Möglichkeit einer Diversion von der Haltung des Angeklagten abhängt und Schuldeinsicht, demnach seine Bereitschaft, voraussetzt, Verantwortung für das ihm zur Last gelegte Tatgeschehen zu übernehmen. In diesem Fall hatte der Angeklagte seine Täterschaft zu beiden Raubtaten bis zuletzt geleugnet und das ihm angelastete Drohverhalten in Abrede gestellt. Das bedeutete, dass unter anderem auch durch das Leugnen des Angeklagten eine urteilsmäßige Beendigung des Strafverfahrens notwendig war. Das Problem, welches sich bei der staatsanwaltschaftlichen Diversion stellt, ist, dass bei einem diversionellen Vorgehen der Staatsanwalt im Strafakt lediglich das Protokoll der Polizei mit den Aussagen des Beschuldigten vorfindet und die Haltung des Beschuldigten nicht persönlich kennt, da er mit diesem noch nicht gesprochen hat. Alleine aus dem Aspekt, dass in diesem Protokoll steht, der Beschuldigte behaupte, er habe die Tat nicht begangen, kann nicht von einer fehlenden Schuldeinsicht gesprochen werden. Selbst wenn der Beschuldigte in der Anzeige zunächst noch keine Bereitschaft für eine Verantwortungsübernahme signalisiert, schließt dies nicht aus nach dem 11. Hauptstück der StPO vorzugehen.⁴⁴⁷

Auch in der Entscheidung 13 Os 2/01⁴⁴⁸, in der eine Diversion abgelehnt wurde, führte der OGH in seiner Begründung aus, dass zu der hohen Strafdrohung und zu dem hohen Gesinnungswert die vorliegende fehlende Schuldeinsicht des, sein Verhalten unangebracht bagatellisierenden, Beschwerdeführers hinzukomme.

Eine fehlende Schuldeinsicht kann für sich genommen keine schwere Schuld begründen. Die fehlende Schuldeinsicht wie in der oben beschriebenen Entscheidung kann höchstens aus spezialpräventiven Gründen ausschlaggebend dafür sein, dass es zu keiner diversionellen Erledigung kommt und es spezialpräventiv notwendig ist, ein normales Strafverfahren durchzuführen und einen Schuldspruch zu fällen.

Ein Geständnis des Beschuldigten ist für ein diversionelles Vorgehen nicht vorausgesetzt, da dies das Gesetz nicht verlangt.

⁴⁴⁵ Vgl auch *Bollenberger*, Zivilrechtliche Folgen einer strafrechtlichen Verurteilung, ÖJZ 2008/54, 517.

⁴⁴⁶ Siehe Kapitel 5.23.

⁴⁴⁷ *Schroll*, WK-StPO § 198 Rz 36.

⁴⁴⁸ Siehe Kapitel 5.13.

Ausreichend – so die Judikatur – ist eine zumindest bedingte Unrechtseinsicht oder eine partielle Übernahme der Verantwortung für das Bewirken der eine strafrechtliche Haftung begründenden Tatsachen (vgl § 204 Abs 1 StPO; § 201 Abs 2 StPO), um spezialpräventive Bedenken iS einer Notwendigkeit der Bestrafung nach § 198 Abs 1 StPO auszuräumen. Schon die Bereitschaft zur diversionellen Vorgangsweise indiziert idR eine solche Verantwortungsübernahme.⁴⁴⁹

Auch *Schroll* ist der Ansicht, dass ein Geständnis zwar beim außergerichtlichen Tatausgleich nach § 204 Abs 1 StPO, nicht aber als generelle Voraussetzung für diversionelle Erledigungen angesehen werden kann, weil „insoweit eine planwidrige Lücke im § 198 Abs 2 StPO nicht auszumachen ist.“⁴⁵⁰

Kienapfel/Höpfel vertreten die Ansicht, dass die Schuldeinsicht des Beschuldigten nicht als generelle Voraussetzung für die Diversion zu werten ist. Lediglich beim Tatausgleich werde vom Gesetz ausdrücklich die Bereitschaft des Beschuldigten, „für die Tat einzustehen“, gefordert, welche nach *Kienapfel/Höpfel* aber erst im Zuge der Konfliktregelung zu erkunden und zu fördern ist. Gerade wenn der Beschuldigte die Verantwortung abstreite, könne ein Versuch, solch einen Ausgleich herbeizuführen, konstruktiv sein. Die Schuldeinsicht ist daher erst bei Abschluss des Tatausgleichs notwendig. Diese Ansicht vertritt auch *Hochmayr*, die die Schuldeinsicht bei einem Tatausgleich als einen langsam wachsenden Prozess sieht, welcher erst durch die direkte Konfrontation mit dem Opfer unter der fachkundigen Begleitung eines Konfliktreglers ermöglicht wird. Daher kann ein Tatausgleich auch mit einem sich zunächst nicht einsichtig zeigenden Beschuldigten versucht werden.⁴⁵¹ Bei den anderen diversionellen Erledigungsformen wie der Zahlung eines Geldbetrages, der gemeinnützigen Leistung und der Probezeit mit allfälligen zu leistenden Pflichten ist das Fehlen der Schuldeinsicht dann zu berücksichtigen, wenn konkrete Umstände einen Rückfall wahrscheinlich machen.⁴⁵²

Schütz sieht für eine diversionelle Erledigung kein prinzipielles Erfordernis einer Verantwortungsübernahme, auch ohne Verantwortungsübernahme könne die Erstellung eines Diversionsangebots durch den StA erfolgen. Die Erstellung eines Diversionsangebotes sei sogar dann noch möglich, wenn der Verdächtige zum

⁴⁴⁹ *Schroll*, WK-StPO § 198 Rz 36; Vgl *Schroll*, in FS Miklau 504.

⁴⁵⁰ *Schroll*, in FS Miklau 504.

⁴⁵¹ *Hochmayr*, Schuldeinsicht als Voraussetzung einer Diversion? Zugleich eine Anmerkung zu OGH 7.3.2002, 15 Os 1/02, RZ 2003, 277.

⁴⁵² *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 304.

Tatvorwurf schweige oder diesen bestreite.⁴⁵³ Allerdings sieht *Schütz* im Fehlen der Schuldeinsicht einen Indikator, der für die Diversion ein hinderndes spezialpräventives Bedenken sein kann.⁴⁵⁴

Kein Ausschluss für eine diversionelle Erledigung ist es daher, wenn der Verdächtige in der Anzeige vorerst noch keine Bereitschaft für eine Verantwortungsübernahme signalisiert; es kann sich eine diesem Erfordernis entsprechende Haltung erst im Zuge des außergerichtlichen Tatausgleichs manifestieren.

Hochmayr hingegen sieht ein generelles Diversionserfordernis in der Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme. Wenn diese Verantwortungsübernahme allerdings bedeutet, dass der Verdächtige „bereit“ sein muss, die vorgeschlagene Diversionsform auf sich zu nehmen, indem er erstens dem Vorschlag zustimmt und zweitens die allenfalls übernommenen Verpflichtungen erfüllt, so geht die verlangte Verantwortungsübernahme nach *Hochmayr* nicht über die gesetzlich normierten Anforderungen hinaus und erfordert nicht die Bekundung von Schuldeinsicht. Dh es genügt, dass der Verdächtige dem Vorschlag zustimmt, indem er den ihm auferlegten Geldbetrag bezahlt. Beim Rücktritt unter Probezeit ist es als „Zustimmung“ zu sehen, wenn er nichts gegen die diversionelle Erledigung unternimmt und insb die Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens nicht verlangt. Dabei handelt es sich aber um kein Schuldeingeständnis. Es ist notwendig, zwischen Schuldeinsicht und der Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme zu differenzieren.

Dies scheint der OGH in der E 15 Os 1/02 nicht getan zu haben, da er die Schuldeinsicht mit der Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme gleichgesetzt hat. Was unter Schuldeinsicht zu verstehen ist, ist in der Judikatur zum Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 17 StGB herauszulesen. Demnach muss der Beschuldigte, um in die Gunst des Milderungsgrundes zu fallen, Schuldeinsicht zeigen. Die Schuldeinsicht macht ein Geständnis zu einem reumütigen, welches § 34 Abs 1 Z 17 StGB vorsieht. Durch die Bekundung von Reumut zeigt der Beschuldigte, dass er sein Verhalten als unrecht bewertet und dass er wünscht, er hätte die Tat nicht vollzogen. Nach *Hochmayr* könnte überlegt werden, speziell bei der Diversion von einem weiteren Schuldbegriff auszugehen und für Schuldeinsicht das bloße Bewusstsein, sich sozial verwerflich verhalten zu haben, genügen zu lassen, zumal der Verdächtige nach einer diversionellen Erledigung formell weiterhin als unschuldig gilt. Dagegen würde

⁴⁵³ *Schütz*, Divisionsentscheidungen 55.

⁴⁵⁴ *Schütz*, Divisionsentscheidungen 108.

allerdings sprechen, dass gerade wegen eines abweichenden, nicht aber strafbaren Verhaltens keine Diversion erfolgen darf.⁴⁵⁵

8.6. Schuldsteigernde und schuld mindernde Umstände

Um nicht die Gesetzesintentionen zu unterlaufen, nämlich mittels Diversion ein Gros der Vergehen im kleineren und mittleren Kriminalitätsbereich zu erledigen, darf bei der Beurteilung, ob bereits eine, die Diversion ausschließende, schwere Schuld vorliegt, kein allzu strenger Maßstab angelegt werden.

Die Schuldabwägung orientiert sich primär an der gesetzlichen Strafdrohung, in welcher der Gesetzgeber eine generelle Vorbewertung des Unrechts- und Schuldgehalts des betreffenden Deliktstypus zum Ausdruck bringt.⁴⁵⁶

Dieser Ansatz ist im Hinblick auf die Diversionsgrenzen des § 198 Abs 2 Z 1 StPO dahingehend zu präzisieren, dass nicht der typische Schuldgehalt des, der Anzeige zugrunde liegenden, Delikts, bzw des, im Verhältnis dazu bestehenden, Grunddelikts als Vergleichsbasis zu einem noch nicht schweren Verschulden heranzuziehen, sondern eine Relation zu den aufgrund ihrer Strafdrohungen insgesamt im Einzugsbereich der Diversion liegenden Delikten herzustellen ist.^{457 458}

8.6.1. Schuldsteigernde Momente

Aus der Judikatur ergeben sich folgende schuldsteigernde Faktoren⁴⁵⁹:

- Handeln aus purem Rowdytum und ohne Anlass bandenartig inszenierter Überfall auf einen Parkbesucher, möge sie auch bloß in einem psychischen Tatbeitrag bestanden haben: 12 Os 8/91.⁴⁶⁰
- Eine Körperverletzung in verabredeter Verbindung nach § 83 Abs 1, § 84 Abs 2 Z 2 StGB setzt voraus, dass mindestens drei Täter in Ausführung ihres vorausgegangenen gemeinsamen Entschlusses am Tatort dem Opfer gegenüber als Einheit auftreten.⁴⁶¹
- eine besondere Erniedrigung des Opfers.⁴⁶²

⁴⁵⁵ Hochmayr, RZ 2003, 275 ff.

⁴⁵⁶ Schroll, WK-StPO § 198 Rz 28.

⁴⁵⁷ Schroll, WK-StPO § 198 Rz 28.

⁴⁵⁸ Dazu schon oben – siehe Kapitel 8.1.

⁴⁵⁹ Schroll, WK-StPO § 198 Rz 31.

⁴⁶⁰ Siehe Kapitel 5.4.

⁴⁶¹ OGH 7.3.1991, 15 Os 148/90.

⁴⁶² 13 Os 188/93.

- eine erhebliche deliktische Intensität, auch in Form bloß untergeordneter Tatbeteiligung eines Jugendlichen bei einem aus übermächtiger Position heraus in Gesellschaft mehrerer unter Waffeneinsatz begangenen Raub.⁴⁶³
- eine planmäßige Vorbereitung eines lebensgefährlichen Angriffs.⁴⁶⁴
- Die Ausnutzung des besonderen Vertrauensverhältnisses als Verteidiger eines inhaftierten Mandanten.⁴⁶⁵
- Bei Fahrlässigkeitsdelikten eine vorsätzliche Übertretung von Sorgfaltsnormen, welche den Schadenseintritt geradezu als wahrscheinlich und als nicht nur bloß entfernt möglich erscheinen lässt und die darüber hinaus mit einem erheblichen, nicht ausgeglichenen oder ausgleichbaren Erfolgsunwert einhergeht.⁴⁶⁶
- ein grundloser brutaler Angriff gegen ein dem Angeklagten völlig unbekanntes Opfer auf offener Straße.⁴⁶⁷
- eine falsche Beweisaussage durch ein mit der Strafrechtspflege betrautes und solcherart zur besonderen Gesetzestreue verpflichtetes Organ, trotz bis dato ordentlich geführten Lebenswandels und geständiger Verantwortung.⁴⁶⁸

8.6.2. Schuld mindernde Momente

Folgende Faktoren indizieren nach der Judikatur eine nicht schwere Schuld⁴⁶⁹:

- eine bloß untergeordnete Beteiligung, auch bei mehrfachen Angriffen oder maßgeblichem Einfluss eines erwachsenen Mittäters.
- ein bloßes Gestatten der Aufbewahrung einer großen Menge Haschisch in der Wohnung, wobei die Beschuldigten damit kein Gewinnstreben verband.⁴⁷⁰
- Die schlechte Erziehung wirkt unter Schuldgesichtspunkten strafmildernd⁴⁷¹.
- Fahrlässigkeit weist auf eine nicht schwere Schuld hin.
- Die Jugendlichkeit generell wirkt schuld mindernd.

⁴⁶³ 11 Os 77/93, 11 Os 29/93.

⁴⁶⁴ 12 Os 8/91, siehe Kapitel 5.5.

⁴⁶⁵ 14 Os 38/02.

⁴⁶⁶ 13 Os 7/03.

⁴⁶⁷ 14 Os 84/06v.

⁴⁶⁸ 15 Os 42/07a, siehe Kapitel 5.28.

⁴⁶⁹ Schroll, WK-StPO § 198 Rz 32.

⁴⁷⁰ 11 Os 81/02.

⁴⁷¹ Vgl § 34 Z 1 StGB.

Bei Betrachtung dieser Aufzählungen und der Erkenntnis, dass die Erschwerungsgründe in großer Zahl vorhanden sind und die Judikatur eher eine schwere Schuld annimmt als eine nicht schwere Schuld, deutet es daraufhin, dass die Erschwerungsgründe in ihrer Zahl nicht überwiegen müssen, sondern ihrem Gewicht nach zu beurteilen sind.

8.7. Bedeutung des Rückfalles

8.7.1. Der Erschwerungsgrund gem § 33 Z 2 StGB

§ 33 Z 2 StGB normiert, dass es sich um einen Erschwerungsgrund handelt, wenn der Täter schon wegen einer, auf gleicher schädlichen Neigung beruhenden, Tat verurteilt wurde. Die Verurteilung muss rechtskräftig sein. Eine getilgte Verurteilung ist nicht heranzuziehen. Eine diversionelle Maßnahme ist keine Verurteilung. Gleiche schädliche Neigung liegt gem § 71 StGB vor, wenn die mit Strafe bedrohten Handlungen gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet oder auf gleichartige verwerfliche Beweggründe oder auf den gleichen Charaktermangel zurückzuführen sind. Der qualifizierte Rückfall gem § 39 StGB wirkt schwerer als der gem § 33 Z 2 StGB, weshalb die Strafe bei sonst gleichen Umständen immer höher ausfallen muss, als wenn nur die Erfordernisse nach § 33 Z 2 StGB erfüllt wären. Vorstrafen, welche nicht auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen, erfüllen nicht § 33 Z 2 StGB.

Die Frage, welche sich stellt, ist, ob eine Diversion durchgeführt werden kann, obwohl der Beschuldigte vorbestraft ist.

Zumeist wird die Ansicht vertreten, dass Vorstrafen einem diversionellen Vorgehen nicht von vornherein entgegenstehen.⁴⁷² Hingegen soll eine Diversion ausgeschlossen sein, wenn es sich um eine rasche Tatwiederholung handelt.⁴⁷³

Für *Schroll* ist entscheidend, ob wegen dieser früheren Verfehlung, trotz der mit einer intervenierenden Diversion regelmäßig verbundenen präventiven Wirkung, eine herkömmliche Strafe dennoch prognostisch geboten ist, um künftige Delinquenz zu verhindern. Dies wird dann notwendig sein, wenn der Beschuldigte entweder bereits mehrfach oder nur kurz zurückliegend einschlägig kriminell in Erscheinung getreten ist. Hingegen wird dies nicht der Fall sein, wenn einem durch Vermögens- und Finanzstraftaten vorbelasteten Beschuldigten nunmehr eine geringfügige Körperverletzung zur Last liegt. *Schroll* ist der Meinung, dass auch bei einer einschlägigen Vorstrafe nach dem 11. Hauptstück der StPO vorgegangen werden

⁴⁷² Vgl *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 304; vgl auch *Maleczky*, AT II¹³, 15.

⁴⁷³ Vgl *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 304.

kann, wenn die nunmehr angezeigte Tat eine deutlich reduzierte kriminelle Energie signalisiert. Als Beispiel kann hier ein Tatverdacht nach § 141 Abs 1 StGB nach einer Vorstrafe gem §§ 127, 128 Abs 1 Z 4 StGB angeführt werden.⁴⁷⁴

8.7.2. Strafschärfung bei Rückfall (§ 39 StGB)

§ 39 StGB regelt die Strafschärfung bei Rückfall. Gemäß § 39 StGB kann das Höchstmaß der angedrohten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe um die Hälfte überschritten werden – sofern die zeitliche Freiheitsstrafe die Dauer von zwanzig Jahren nicht überschritten wird –, wenn der Täter schon zweimal wegen Taten, die auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist und er diese Strafen wenigstens zum Teil verbüßt hat. Nach den Erläuterungen zur RV zu § 39 StGB kommt es zur Qualifizierung des Rückfalls, weil es einerseits einer verstärkten Einwirkung auf den Täter bedarf, um ihn von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten, da er sich von dem, im Strafurteil enthaltenen, Unwerturteil und vom Strafübel nicht beeinflussen lasse, und andererseits, wenn mehrere Taten psychologisch auf gleiche oder innerlich zusammenhängende Voraussetzungen zurückzuführen sind, so erweisen sie zudem die Persönlichkeitsadäquanz derartiger Rechtsbrüche. Es liege daher auf der Hand, dass es sich um eine eingewurzelte schädliche Neigung⁴⁷⁵ handelt, die nachdrücklicher bekämpft werden müsse, als es der Einzeltatschuld entspreche.⁴⁷⁶ Von der Einzeltatschuld gesehen, verdient der Täter fast keine Strafe, von der Tatschuld her eine sehr hohe.⁴⁷⁷ So ermöglicht das StGB bei Rückfallstätern besonders schwere Strafen, welche nach dem reinen Tatschuld- und Vergeltungsprinzip nicht möglich wären.

Kunst geht davon aus, dass damit die Verbindung zum Schuldbegriff des § 32 Abs 2 zweiter Satz StGB hergestellt ist, demzufolge für die Bemessung der Strafe nach der Schuld des Täters vor allem zu berücksichtigen ist, inwieweit die Tat auf eine, gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige, Einstellung des Täters basiert und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem, mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen, Menschen nahe liegen könnte. Wenn nun eine Tat auf einer schädlichen

⁴⁷⁴ Schroll, WK-StPO § 198 Rz 38.

⁴⁷⁵ Auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen nach § 71 StGB mit Strafe bedrohte Handlungen, wenn sie gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet oder auf gleichartige verwerfliche Beweggründe oder auf den gleichen Charaktermangel zurückzuführen sind.

⁴⁷⁶ 30 B1gNR 13. GP, 133.

⁴⁷⁷ Moos, ÖJZ 1980, 169.

Neigung des Täters beruht, so indiziert das nach *Kunst*, dass sie eher darauf als auf persönlichkeitsunabhängige äußere Umstände zurückzuführen ist. Der Rückfall indiziert die schädliche Neigung, und die schädliche Neigung indiziert ihre Maßgeblichkeit beim Zustandekommen der Tat.⁴⁷⁸

In welchem Verhältnis steht nun die schädliche Neigung zur strafrechtserheblichen Schuld? Wird diese erhöht, wenn die Neigung für das Zustandekommen einer Straftat im Verhältnis zu persönlichkeitsunabhängigen äußeren Umständen nicht ausschlaggebend war?

Wohl eher nicht, denn eine schädliche Neigung indiziert wohl eher die Gefährlichkeit eines Täters und löst ein entsprechendes Sicherheitsbedürfnis aus.

Es gibt zwei Möglichkeiten, die man aus der Rückfallsbestimmung herauslesen kann: Entweder man sieht die §§ 32, 33 Z 2 und § 39 StGB als konsequente Durchführung eines Schuldprinzips an, dann muss man § 33 Z 2 und § 39 StGB in den § 32 StGB hineinlesen, dh mit der Rückfälligkeit steigt *ceteris paribus* die strafmaßgebende Schuld. „Oder man fasst den Schuldbegriff des § 32 StGB rein statisch auf und deutet § 33 Z 2 und § 39 StGB als Anweisung dafür, dass und inwieweit man das durch diesen statischen Schuldbegriff vorgegebene Strafmaß bei einem Rückfälligen aus dem Grund der Spezialprävention überschreiten darf: dann ist für eine Deutung des Rückfalls als einer das Strafmaß verringernden Komponente abermals kein Raum. Man kann eben nicht demselben Gesetz, das für den wiederholt Rückfälligen die anderthalbfache Strafe ermöglicht, unterstellen, es finde sich mit der Auffassung ab, je rückfälliger jemand ist, desto mehr sind seine Taten auf persönlichkeitsunabhängige äußere Umstände, meinethalben: auf ungünstige Einflüsse während verbüßter Freiheitsstrafen, zurückzuführen.“⁴⁷⁹

§ 39 StGB bewirkt nach der Rsp keine Strafsatzänderung, sondern nur eine fakultative Strafschärfung, was zur Konsequenz hat, dass die Verhängung einer höheren Strafe nach § 39 StGB mit Berufung anzufechten ist, keine (uneigentliche) Zusatzfrage an die Geschworene zu richten ist und § 39 StGB für die §§ 17, 21, 37, 42 und 57 StGB unerheblich ist.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ *Kunst*, Die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls, ÖJZ 1980, 316.

⁴⁷⁹ *Kunst*, ÖJZ 1980, 317.

⁴⁸⁰ *Maleczky*, AT II¹³, 39.

8.7.3. Frühere diversionelle Erledigungen

Hier ist noch der Frage nachzugehen, was eine bereits rechtskräftig abgeschlossene diversionelle Erledigung bei einer erneuten diversionellen Erledigung für eine Rolle spielt. Ein neuerliches diversionelles Vorgehen ist in einem solchen Fall prinzipiell nicht ausgeschlossen.

Unabstreitbar bleibt die Möglichkeit bestehen, dass sich die frühere diversionelle Erledigung bei der Prüfung der einzelnen Diversionsvoraussetzungen zu einem Nachteil für den Beschuldigten auswirken könnte.⁴⁸¹ Das würde ein Spannungsverhältnis zur Unschuldsvermutung auslösen, die, auch wenn eine Diversion durchgeführt wird, aufrecht bleibt und gewahrt werden muss. Was jedenfalls auszuschließen ist, ist, dass bei der Prüfung der Schwere der Schuld gem § 198 Abs 2 Z 2 StPO die frühere Tat in irgendeiner Form als schulderhöhend gemessen wird.⁴⁸² Eine frühere diversionelle Erledigung darf nur aus präventiven Gesichtspunkten Berücksichtigung finden. Dies wird dann der Fall sein, wenn der Beschuldigte nach einer diversionellen Verfahrenserledigung straffällig wird und daher die fehlende präventive Wirksamkeit der vorausgegangenen diversionellen Vorgangsweise berücksichtigt werden muss. Dabei darf aber nicht auf den in der Divisionsentscheidung erwogenen Tatverdacht abgestellt werden.⁴⁸³

8.7.4. Rückfall und SMG

Wenn der Verdächtige während der Probezeit erneut angezeigt wird, kann es trotzdem zu einer nochmaligen Zurücklegung der Anzeige (vorläufige Einstellung) kommen, welche allerdings nur unter den strengeren Voraussetzungen des § 35 Abs 2 SMG erfolgen kann.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ Vgl auch *Schütz*, Divisionsentscheidungen 75.

⁴⁸² Vgl *Schütz*, Divisionsentscheidungen 76.

⁴⁸³ *Schroll*, WK-StPO § 198 Rz 39.

⁴⁸⁴ Siehe Kapitel 7.2.

9. Das Verhältnis zwischen nicht schwerer Schuld und Präventionserfordernissen

9.1. Allgemeines

Die Präventionsbedürfnisse sind in zweifacher Hinsicht zu berücksichtigen, nämlich in Form der Spezial- und Generalprävention. Sobald festgestellt ist, dass schwere Schuld bei der Straftat nicht vorliegt und auch die übrigen Ausschlusskriterien nicht gegeben sind, ist die Präventionsvoraussetzung zu prüfen.⁴⁸⁵ Da der Präventionseffekt von Diversionsart zu Diversionsart unterschiedlich ist, ist es erforderlich, die präventiven Voraussetzungen für jede einzelne Diversionsmaßnahme konkret zu prüfen. Wenn man zu dem Schluss kommen sollte, dass keine Diversionsart den Präventionsbedürfnissen nachkommt, kann (erst dann) ein diversionelles Vorgehen aus diesem Grund verweigert werden.⁴⁸⁶

Um der Spezialprävention Genüge zu tun, muss der Täter schon allein durch das bisherige Ermittlungsverfahren (zB Polizeieinsatz) oder durch andere Umstände genügend abgeschreckt sein, weitere solche Straftaten zu begehen.

Was die Generalprävention betrifft, dürfen andere Personen durch die Nichtbestrafung des Täters nicht bestärkt werden, Straftaten zu begehen, oder in ihrer Überzeugung geschwächt werden, dass es richtig ist, solche Taten zu unterlassen.⁴⁸⁷

In der Neufassung des § 7 JGG wurde die Generalprävention gänzlich gestrichen und es wird nur auf die Spezialprävention Bedacht genommen.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ Schütz stellt die Überlegung in den Raum, ob „sich die isolierte Stellung der Schuld als punktuelle Grenze für die Anwendung von Diversion auch praktisch durchhalten lässt“, denn „die Schwere der Schuld darf dabei ein gewisses Maß nicht überschreiten, ohne dass dabei in irgendeiner Form präventive Gesichtspunkte Berücksichtigung finden könnten“.⁴⁸⁵ Das würde bedeuten, dass wenn man diese Überlegungen auf die Prüfung der Schwere der Schuld bei der Diversion überträgt, dass es auch einen Bereich gäbe, der im Grenzbereich präventiv ausgefüllt werden müsste. Doch wie Schütz auch zutreffend feststellt ist so eine Interpretation nach dem Gesetzeswortlaut eindeutig abzulehnen.

⁴⁸⁶ Schütz, Divisionsentscheidungen 41.

⁴⁸⁷ Maleczky, AT II¹³, 17 f.

⁴⁸⁸ Vgl Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 302.

9.2. Spezialprävention

9.2.1. Einleitung

Spezialpräventives Ziel einer strafrechtlichen Reaktion sind die Abschreckung des Täters, seine Resozialisierung und eine Sicherungsfunktion durch die Absonderung von der Gesellschaft, wobei die Resozialisierung das wichtigste Ziel darstellt. Der Täter soll Achtung vor dem Recht erlangen und zur sozialen Ordnung zurückfinden. Das ultima-ratio-Prinzip wird durch die Spezialprävention dahingehend unterstrichen, dass vor allem unbedingte Freiheitsstrafen nur dann verhängt werden sollen, wenn mildere Maßnahmen nicht zum selben Ziel führen.

Hinsichtlich der Spezialprävention gibt es bei der Diversion die geringsten Probleme, zumal die Fälle, in denen Spezialprävention in Form der Sicherung vor einem gefährlichen Täter gefragt ist, von einer diversionellen Erledigung ausgeschlossen sind. Die Chancen der Diversion unter spezialpräventiven Aspekten sind hingegen gut, gerade weil die Entstehung der Diversion auch auf dem Gedanken beruht, dass Strafverfahren und formelle Sanktionierung einer neuerlichen Deliktsbegehung durch den Täter nur sehr eingeschränkt entgegenzuwirken vermögen bzw diese mitunter sogar eher fördern.⁴⁸⁹ Vor allem der Tatausgleich wirkt spezialpräventiv, da aufgrund des sozial konstruktiven Charakters dieser Reaktionsform individuell auf die Tat und den Beschuldigten eingegangen werden kann und es zu einer Aussöhnung mit dem Opfer kommt.⁴⁹⁰

Burgstaller sieht spezialpräventiv zu begründende Grenzen der Diversion darin, dass Täter gezielt mit einer bloß diversionellen Erledigung kalkulieren könnten und daher – wie auch bei Wiederholungstätern – gerade aus spezialpräventiven Gründen eine schlichte diversionelle Erledigung grundsätzlich nicht in Frage kommt und eine intervenierende Diversion wenn überhaupt dann nur mit Vorbehalt. Für die Beurteilung bräuchte man allerdings über den Täter ausreichende Informationen. Daher entstehe nach *Burgstaller* das Bedürfnis auch über vorangegangene Diversionsmaßnahmen Bescheid zu wissen.⁴⁹¹

ME besteht der Zweck der Spezialprävention in der Abschreckung des Beschuldigten. Die Diversion bietet gerade die Möglichkeit, individuell auf die Tat und den

⁴⁸⁹ *Burgstaller*, Perspektiven 141.

⁴⁹⁰ *Schroll*, WK-StPO § 198 Rz 35.

⁴⁹¹ *Burgstaller*, Perspektiven 142.

Beschuldigten eingehen zu können, eine Aussöhnung mit dem Opfer zu ermöglichen und dem Beschuldigten die Folgen seines Handelns vor Augen zu führen. Eine mögliche Kalkulation des Beschuldigten auf eine diversionelle Erledigung ist mE weit hergeholt, da der Täter genauso mit einer bedingten Strafe kalkulieren könnte.

Gem § 6 JGG ist ein Verfolgungsverzicht nur dann möglich, wenn es keiner weiteren Maßnahmen, insb keiner diversionellen Erledigung nach dem 11. Hauptstück der StPO bedarf, um den Beschuldigten von strafbaren Handlungen abzuhalten. Das bedeutet, dass § 6 Abs 1 JGG voraussetzt, dass die bereits ergriffenen kriminalpolizeilichen Maßnahmen (Vernehmung des Beschuldigten) und sonstige informelle Sanktionen (wie zB die Verständigung der Obsorgeberechtigten und deren Reaktionen, familien- oder jugendwohlfahrtsrechtliche Maßnahmen, Benachrichtigung der Schule, Kenntnisnahme der Straftat durch den nicht kriminell involvierten Freundeskreis oder durch den Arbeitgeber, Disziplinarmaßnahmen der Schule, des Sportvereins etc) ausreichen, um eine spezialpräventiv hinreichende Wirkung zu erzielen. Nach *Schroll* wird bei entsprechenden Reaktionen eine solch hinlängliche, weitere justizielle Maßnahmen überflüssig machende, Abschreckungswirkung insb beim jugendlichen Ersttäter zu bejahen sein.⁴⁹²

Die Erwartung im Bezug auf die Spezialprävention ist, dass im Fall der Erfüllung einer vom Beschuldigten freiwillig übernommenen Verpflichtung eine zusätzliche justizielle Einwirkung auf den Beschuldigten nicht mehr nötig ist, um ihn künftig von strafbaren Handlungen abzuhalten. Doch gerade die Diversion wirkt wegen der individuell auf die Tat und den Beschuldigten eingehenden, aber auch auf die Aussöhnung mit dem Opfer abstellenden, Reaktionen im Besonderen spezialpräventiv, sodass dieses Anwendungshindernis nur in besonderen Ausnahmefällen schlagend werden kann.⁴⁹³

9.2.2. Rückfall nach einem Tatausgleich

In einer Untersuchung über „Die Rückfallshäufigkeit nach einem Außergerichtlichen Tatausgleich bei Erwachsenen“ kam *Schütz* 1999 zu folgendem Ergebnis: Er stellte eine geringere Rückfälligkeit fest⁴⁹⁴, nämlich 10% bei Nichtvorbestraften (30% bei Vorbestraften). Bei den zu einer Geldstrafe Verurteilten, wo es 22% Rückfälle bei Nichtvorbestraften und 47% bei Vorbestraften gab, war die Rückfälligkeit erheblich höher. Nachdem er einen Selektionseffekt nicht ausschloss, auf den die niedrigen

⁴⁹² *Schroll*, WK-StPO § 6 JGG Rz 5.

⁴⁹³ *Schroll*, WK-StPO § 198 Rz 35.

⁴⁹⁴ Vgl auch *Hinterhofer*, Diversion 5.

Rückfallsquoten nach einem Tausch zurückzuführen sein könnten, bleiben zwei Möglichkeiten offen: „Einerseits kann es sein, dass bei der Auswahl der geeigneten ATA-Fälle aus der Gesamtzahl an Straftaten ein Spektrum an Fällen herausgefiltert worden ist, die an sich schon eine bessere spezialpräventive Prognose aufweisen. Andererseits kann es sein, dass die im Rahmen der Konfliktmediation erfolgten Bemühungen um eine sozial konstruktive Aufarbeitung der begangenen Tat eine unmittelbar positive Auswirkung auf die Legalbewährung der betroffenen Personen haben.“⁴⁹⁵ Zusammenfassend kommt *Schütz* zu dem Schluss, dass die niedrigen Rückfallsquoten bei den ATA-E-Fällen darauf schließen lassen, dass es im Hinblick auf die Erfüllung spezialpräventiver Zweckvorstellungen im Erwachsenenstrafrecht ein hohes Potenzial für eine Erfolg versprechende Anwendung diversioneller Erledigungsformen gibt.⁴⁹⁶ Das würde auch Ergebnisse kriminologischer Forschung untermauern, wonach die Rückfallrate nicht davon abhängig ist, ob strenge oder milde Strafen verhängt werden. Das wiederum lässt darauf schließen, dass die klassischen strafrechtlichen Sanktionen – insb Geld- und Freiheitsstrafen – weitgehend austauschbar sind.⁴⁹⁷ Man könnte auch sagen, dass sozial konstruktivere Maßnahmen mehr bringen. Vielleicht ist es für den Täter lehrreicher, wenn er durch den Kontakt mit dem Opfer dessen Zustand kennen lernt, anstatt „nur“ bestraft zu werden.

9.3. Generalprävention

Das Ziel der Generalprävention umfasst als negative Seite die Abschreckung der Allgemeinheit⁴⁹⁸, strafbare Handlungen zu begehen, und als positive Seite die Stärkung der Rechtstreue jener Bürger, die sich wohl verhalten, und entfaltet überdies eine sittenbildende Kraft, dh sie sollte die Wertvorstellungen der Gesellschaft beeinflussen. Was das Entdeckungsrisiko anlangt, zeigen empirische Forschungsergebnisse, dass diesem – zumindest bei leichter und mittelschwerer Kriminalität (das wäre der Bereich der Diversion) – kaum Bedeutung zukommt, da die moralische Verbindlichkeit der Norm, die Häufigkeit der Deliktsbegehung im Bekanntenkreis, die vermutete Reaktion

⁴⁹⁵ *Schütz*, RZ 1999, 166.

⁴⁹⁶ *Schütz*, RZ 1999, 166.

⁴⁹⁷ *Hinterhofer*, Diversion 5.

⁴⁹⁸ Die Abschreckung kann allerdings nicht auf die allgemeine These gestützt werden, je strenger eine zu erwartende Sanktion ist, desto weniger sei jemand bereit, die verbotene Handlung zu begehen. Dies zeigen insbes Untersuchungen über die Wirkung der Todesstrafe. Viele Straftaten werden eben ohne Rücksicht auf etwaige Folgen verübt. Vgl dazu *Maleczky*, AT II¹³, 53.

des sozialen Umfelds und das subjektive Strafempfinden eher ausschlaggebend dafür ist, ob jemand Straftaten unterlässt.⁴⁹⁹

Mit der Übernahme der Modellfigur des mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen als Maßstab in das StGB, wurde der Schuldbegriff des Gesetzes mit der positiven Generalprävention in Einklang gebracht, die auf die Einhaltung der allgemeinen Verbundenheit mit den rechtlich geschützten Werten abzielt.⁵⁰⁰

Für *Moos* liegt der Zusammenhang zwischen Generalprävention und Schuld in der normgetreuen Motivationskraft: Durch den Begriff der Schuld antwortet die Strafe auf die mangelnde individualpsychologische Wertverbundenheit des Täters, durch den Begriff der Generalprävention auf die dadurch bewirkte sozialpsychologische Beeinträchtigung des Wertbewusstseins anderer. Die Strafe gleiche beides wieder aus.⁵⁰¹ Der in die Vergangenheit gerichtete Tadel wirkt sowohl spezial- als auch generalpräventiv. Sowohl der Täter als auch die Allgemeinheit sollen „die Motivationskraft eines rechtstreuen Bürgers zur Achtung der strafrechtlich geschützten Werte aufbringen“. ⁵⁰² Der Vorrang gebührt der Schuld, so *Moos*, die Prävention folgt ihr nach und nicht anders herum, denn die Verbindung führt zu einem funktionalen Schuldbegriff, welcher aber nicht aus der Prävention abgeleitet wird. Die Blickwinkel von Schuld und Prävention sind auch ganz andere, denn während die Schuld täterbezogen in die Vergangenheit blickt, schaut die Prävention täter- und gemeinschaftsbezogen in die Zukunft. Auch *Jescheck* sieht Schuld und Prävention auf verschiedenen Ebenen, denn bei der Schuld geht es darum, ob und in welchem Grade die Tat dem Täter persönlich vorgeworfen werden kann und welche Strafe er danach verdient. Erst danach stellt sich für *Jescheck* die Frage der Prävention, nach der zu beurteilen ist, welche Sanktion geeignet erscheint, um den Täter wieder in die Gemeinschaft zurückzuführen.⁵⁰³

Burgstaller sieht für eine nicht-intervenierende Diversion nur wenig Raum, wenn man die Generalprävention in seiner umfassenden Bedeutung ernst nehme. Die Begründung sieht er darin, dass, wenn die Gesellschaft erlebt, dass jemand eine Straftat begeht und erwischt wird, als Folge aber gar kein Strafverfahren eingeleitet oder solches bald beendet wird und weiter nichts geschieht, so ist das für die Glaubwürdigkeit der entsprechenden Strafdrohung und letztlich des Strafrechtssystems

⁴⁹⁹ *Maleczky*, AT II¹³, 53.

⁵⁰⁰ *Jescheck*, JBI 1998, 618.

⁵⁰¹ *Moos*, JBI 1996, 349.

⁵⁰² *Moos*, JBI 1996, 349.

⁵⁰³ *Jescheck*, JBI 1998, 616.

insgesamt jedenfalls ein Problem. Bei leichteren Straftaten Jugendlicher wird eine Diversion von der Gesellschaft weitgehend akzeptiert, hingegen ist nach *Burgstaller* im Erwachsenenstrafrecht eine nicht-intervenierende Diversion auf einen strikt verstandenen Bagatellbereich beschränkt. Im Bereich der intervenierenden Diversion bestehe ein erheblich größeres Anwendungspotenzial.⁵⁰⁴

Durch die je nach Art der Diversionsmaßnahme abgestufte Eingriffsintensität der intervenierenden Diversion sichert diese eine den Erfordernissen der positiven Generalprävention regelmäßig entsprechende Wirkung. Durch die für den Beschuldigten spürbaren Reaktionen wird der Öffentlichkeit ein Signal der Rechtsbewährung vermittelt, dass sich selbst massenhaft auftretende Delikte nicht lohnen.⁵⁰⁵

9.4. Schuld, Strafe und Prävention

*Zipf*⁵⁰⁶ möchte Schuld, General- und Spezialprävention in ein systematisch geordnetes Verhältnis zueinander bringen und nennt dies „Das magische Dreieck der Strafbemessung“. Der Bestrafungsvorgang soll sich sowohl am Ausgleich für die zur Last liegende Tat, an einer Ausrichtung der Sanktion an den konkreten Bedürfnissen des Täters und schließlich an den Belangen der Durchsetzung der Rechtsordnung insgesamt orientieren. Besonders im Verhältnis Schuld und Spezialprävention entsteht häufig bei Gelegenheitstätern die Situation, dass (zB bei Tötungsdelikten im sozialen Nahraum) eine schwere Tatschuld vorliegt, vom Täter aber keinerlei einschlägige oder sonstige Straftaten zu erwarten sind.

Aber auch bei Schuld und Generalprävention kommt es zu Spannungen, allerdings nur in dem Bezug, dass es um die Überschreitung des schuldadäquaten Strafausmaßes aus generalpräventiven Gründen geht. Zusammenfassend meint *Seiler*⁵⁰⁷, dass es mit dem Schuldprinzip eben nicht vereinbar sei, „dass man einen Täter mit erheblichen kriminellen Neigungen wegen einer leichten Anlasstat für länger ins Gefängnis bringt oder einen sehr günstig prognostizierten Täter bei schwerer Anlasstat von der schuldangemessenen Strafe freistellt. Diese durch das Schuldprinzip veranlasste Präventionsverkürzung ist ja auch der eigentliche Grund dafür, dass es neben dem

⁵⁰⁴ *Burgstaller*, Perspektiven 143.

⁵⁰⁵ *Schroll*, WK-StPO § 198 Rz 41.

⁵⁰⁶ *Zipf*, ÖJZ 1979, 198.

⁵⁰⁷ *Zipf*, ÖJZ 1979, 199.

Einsatz der Strafe ergänzender Maßnahmen bedarf (§§ 21-23 StGB⁵⁰⁸), die von vornherein nicht an der Schuld, sondern an der Gefährlichkeit des Täters anknüpfen.“

Wie oben in Kapitel 8.6.2. erwähnt, wirkt eine schlechte Erziehung unter Schuldgesichtspunkten schuld mindernd, allerdings kann sie unter Präventionsgesichtspunkten – unter dem Gesichtspunkt der Resozialisierungsbedürftigkeit – eine erhöhte Strafdauer indizieren.

Burgstaller ist gegen die Annahme, dass der Präventionszweck ausschließlicher Grund der Strafe ist, denn seiner Ansicht nach müssen Sinn und Zweck der Strafe unterschieden werden. Der Sinn der Strafe ist nach *Burgstaller*, dass sie wesensmäßig einen sozialetischen Tadel ausdrückt, die Schuld ist deswegen der „Seinsgrund“ der Strafe und stellt die „Grundlage für die Bestimmung des Strafmaßes“ dar. Allein der Zweck der Strafe ist die Prävention.⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ § 21 StGB Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher; § 22 StGB Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher; § 23 StGB Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfalltäter.

⁵⁰⁹ *Jescheck*, JBl 1998, 617.

10. Schlussfolgerungen

10.1. Allgemeines

Delikte aus dem unteren und mittleren Kriminalitätsbereich können bei hinreichender Beweislage im formfreien Weg der Diversion erledigt werden. Nach den Ausschlusskriterien des § 198 StPO ist das förmliche und öffentlich zu führende Strafverfahren dann durchzuführen, wenn Beweisschwierigkeiten auftreten, wenn spezial- oder generalpräventive Hindernisse dagegensprechen, wenn eine Straftat vorliegt, welche in die Schöffengericht- oder Geschworenengerichtsbarkeit fällt, wenn eine Straftat zu beurteilen ist, bei welcher die Schuld als schwer anzusehen wäre oder wenn die Tat den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat.

Die Arbeit war der zweiten negativen Voraussetzung für die Anwendung der Diversion, nämlich der nicht schweren Schuld des Beschuldigten gewidmet. Der Begriff der „schweren Schuld“ führt aufgrund seiner Unbestimmtheit zu Auslegungsproblemen, hat aber erhebliche praktische Bedeutung, weil die schwere Schuld einen unbedingten Ausschlussgrund für eine diversionelle Erledigung darstellt.

Präventive Gesichtspunkte spielen für die Frage der schweren Schuld keine Rolle, da eine günstige general- und spezialpräventive Prognose gem § 198 Abs 1 Z 4 StPO nur zusätzliche Voraussetzung für den Einsatz von Diversion ist.

Aber es ist nicht nur eine Frage, ob es sich um keine schwere Schuld handelt, sondern auch ob es sich um eine „geringe Schuld“ gem § 42 StGB alt handelt. Trotz der Tatsache, dass im Nachfolgeparagrafen (§ 191 StPO) nicht mehr explizit von geringer Schuld ausgegangen wird, wird das Kriterium dennoch nicht unerheblich sein, um eine Abgrenzung zwischen Einstellung wegen Geringfügigkeit und einem diversionellem Vorgehen ziehen zu können. Je niedriger die Grenze zwischen geringer und nicht schwerer Schuld liegt, desto geringer und damit kleiner der Einzugsbereich für die Diversion. Diese beiden Grenzen stehen einander gegenüber und verschieben sich, sofern sich eine der Grenzen in eine Richtung „bewegt“.

Nach der Jud des OGH ist für den Begriff „schwere Schuld“ jener Schuldbegriff maßgebend, der in § 32 Abs 1 StGB als Grundlage für die Bemessung der Strafe vorausgesetzt wird, wobei die Prüfung dieser Frage stets nach Lage des konkreten Falles eine ganzheitliche Abwägung aller unrechtsrelevanten und schuldrelevanten Tatumstände verlangt. Handlungsunwert und Gesinnungsunwert müssen insgesamt eine Unwerthöhe erreichen, die im Wege einer überprüfenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist.

Durch das Klammerzitat des § 32 StGB wurde ex lege geklärt welcher Schuldbegriff relevant ist. Die Schuld ist bei der Entscheidung für oder gegen eine diversionelle Maßnahme iSd Strafzumessungsschuld zu verstehen.

Den Maßstab dafür bildet aber nicht etwa die Strafdrohung des jeweils in Frage stehenden Delikts, sondern das Gesamtspektrum aller diversionstauglichen Delikte.

Der Erfolgs-, Handlungs- und Gesinnungsunwert sind gegeneinander abzuwägende Komponenten der Schuld. Der Erfolgsunwert ist der eingetretene Schaden oder die Gefährdung. Der Handlungsunwert stellt auf das Ausmaß der Sorgfaltswidrigkeit und Rechtsgutbeeinträchtigung, auf Vorsatzgrad und Maß an Rücksichtslosigkeit ab. Beim Gesinnungsunwert ist zu prüfen, inwieweit der Mangel an Wertverbundenheit von jenem der Maßfigur des § 10 StGB abweicht.

Darüber, ob der Erfolgsunwert zur Schuld gehört, wird nicht nur beim Schuldbegriff des § 198 StPO, sondern auch beim Schuldbegriff der Strafzumessung thematisiert. Die Begründung für den Ausschluss des Erfolgsunwerts aus § 32 Abs 1 StGB liegt darin, dass zur Schuld nur der Handlungs- und Gesinnungsunwert gehört und das Ausmaß der Schädigung oder Gefährdung nur dann für die Höhe der Schuld relevant ist, sofern sich der Handlungs- und Gesinnungsunwert darauf erstreckt haben.

ME hat der Erfolgsunwert mit der Begründung außer Betracht zu bleiben, dass wenn schwere Tatfolgen immer die diversionelle Erledigung von vornherein ausschließen, eine Diversion bei vollendeten Delikten mit einer Strafdrohung über einem Jahr regelmäßig unanwendbar wäre, da so hohe Strafen sowohl bei den Vermögens- als auch bei den vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten nur bei schweren Tatfolgen angedroht werden. Diese Konsequenz würde allerdings keineswegs den Willen des Gesetzgebers widerspiegeln, welcher die Diversion für alle Delikte, die nicht in die Zuständigkeit des Schöffen- oder Geschworenengerichts fallen, ermöglichen wollte.

Innerhalb des Schuldbegriffs kann man zwischen geringer Schuld, nicht schwerer Schuld und schwerer Schuld unterscheiden.

Es ist eine Abgrenzung sowohl zwischen geringer und nicht schwerer Schuld, als auch eine Abgrenzung zwischen nicht schwerer Schuld und schwerer Schuld zu ziehen. Obwohl die erstere Abgrenzung wohl durch die Aufhebung des § 42 StGB alt an Bedeutung verliert, die neue Regelung § 191 StPO nicht mehr den Begriff der geringen Schuld enthält, aber trotzdem die Überschrift „Einstellung wegen Geringfügigkeit“ lautet, so ist die Abgrenzung dennoch für § 25 FinStrG nicht zu vernachlässigen.

Die beiden Abgrenzungen haben den gleichen Stellenwert und die eine Abgrenzung steht zur anderen in einem starken Abhängigkeitsverhältnis, da man nicht außer Acht

lassen darf, dass je niedriger die Schwelle zwischen geringer und schwerer Schuld angesetzt wird, desto restriktiver und desto weniger wird geringe Schuld gegeben sein. Was wiederum nicht den Intentionen des Gesetzgebers entspricht, der eindeutig beabsichtigt hat, dass alle Delikte, die mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht sind, diversionell erledigbar sind. Der Zweck des § 42 StGB alt und jetzt des Nachfolgers § 191 StPO ist, die Justiz vom untersten Kriminalitätsbereich zu entlasten und weiters auch entsprechend Verdächtige nicht zu kriminalisieren, wenn es am öffentlichen Strafbedürfnis fehlt.

Problematisch war die restriktive Handhabung des § 42 StGB alt der Rechtsprechung. Denn wenn gerade so ein typischer Gelegenheitsdiebstahl einer Tageszeitung aus einer Selbstbedienungseinrichtung, eine Tat, welche überdies nur versucht wurde, das vom Gesetzgeber vorausgesetzte Maß der Geringfügigkeit nicht erreicht, wann soll § 42 StGB alt respektive jetzt § 191 StPO überhaupt Anwendung finden?

Genau das führt, bei niedrig angesetzter Schwelle, zur nicht schweren Schuld und löst in Absatz gerade beschriebenes aus.

10.2. § 88 StGB – schweres Verschulden

Das „schwere Verschulden“, von dem im Strafbefreiungsgrund des § 88 Abs 2 StGB die Rede ist, ist von der „schweren Schuld“ als Ausschlusskriterium bei der Diversion in § 198 StPO streng zu unterscheiden. Während § 88 Abs 2 StGB nur für § 88 Abs 1 StGB Bedeutung hat, ist bei der Diversion ein deliktsübergreifender Maßstab anzulegen, welcher der „schweren Schuld“ als Diversionsgrenze eine wesentlich höhere Schwelle darstellt, als der Begriff des „schweren Verschuldens“ iSd § 88 Abs 2 StGB, der der Abgrenzung strafbaren Verhaltens von straflosem dient. Die beiden genannten Begriffe haben trotz der zur Gleichsetzung verführenden Ähnlichkeit der Begriffsnamen durchaus verschiedene Inhalte. Aufgrunddessen sollte mE im Zusammenhang mit der Diversion auch nicht von einem „schweren Verschulden“ gesprochen werden, um dies ganz klar auch begrifflich zu trennen. Während das „schwere Verschulden“ ganz spezifisch auf schwere Verwirklichungen gerade des § 88 Abs 1 StGB zielt, ist die „schwere Schuld“ auf den Gesamtbereich der für Diversion prinzipiell offenen Delikte zu beziehen. Daraus folgt, dass die Fälle „schweren Verschuldens“ in der Regel keine „schwere Schuld“ begründen.

10.3. Diversion bei Verkehrsunfällen

Ein großer Anteil der Straßenverkehrsdelikte (weil Fahrlässigkeitsdelikte) fällt in das Anwendungsgebiet der Diversion. Bei Verkehrsstrafsachen, bei welchen es sich um

Fahrlässigkeitsdelikte handelt, wird es dann zu einer als schwer zu bewertenden Schuld kommen, wenn ein außergewöhnlich gravierender Sorgfaltsverstoß vorliegt, der einen Schadenseintritt mehr als wahrscheinlich erscheinen lässt. Im Allgemeinen kann man sagen, dass auch bei grundlegenden Verstößen gegen die Vorschriften der StVO nicht ohne Weiters von schwerer Schuld ausgegangen werden kann. Besondere Umstände allerdings können gegen eine diversionelle Erledigung sprechen, wie zB besonders rücksichtslose, aggressive und gefährliche Fahrweise aufgrund des hohen Gesinnungsunwertes.

Auch bei Verkehrsunfällen unter Alkoholeinfluss ist mE prinzipiell von schwerer Schuld auszugehen. Die hohe Wahrscheinlichkeit, dass es zu einer Verursachung eines tödlichen Unfalls durch einen Lenker mit Alkohol im Blut kommt, die schweren Beeinträchtigungen der Fahrleistungsfähigkeit, die für das sichere Lenken eines Fahrzeuges besonders bedeutsam sind und die Tatsache, dass die im geringeren Maße Alkoholisierten im Vergleich mit den stärker Betrunkenen häufiger besonders schwere Unfälle (dh solche mit Körperverletzungs- und Todesfolgen) verursachen, lassen mich zu dem Schluss kommen, dass Verkehrsunfälle unter Alkoholeinfluss, und zwar unabhängig davon, ob es ein niedriger oder hoher Promillewert ist, schwere Schuld indizieren und daher für eine diversionelle Erledigung nicht in Betracht kommen.

Bei Fahrlässigkeitsdelikten wird wegen des geringen Unrechtsgehalts im Vergleich zu Vorsatzdelikten prinzipiell eher eine nicht „schwere Schuld“ vorliegen.

10.4. Die Strafdrohung als Indiz für einen niedrigen Unrechts- und Schuldgehalt

Die Strafdrohung wird als generelle Vorbewertung des Unrechts- und Schuldgehaltes einer Tat gesehen.

Prinzipiell kann man davon ausgehen, dass bei Delikten mit geringen Strafrahenobergrenzen noch eher eine nicht schwere Schuld iSd § 198 Abs 2 Z 2 StPO gegeben ist. Trotzdem ergeben sich immer wieder Sachverhaltskonstellationen, bei denen es zwar zu einer Deliktsverwirklichung mit überaus hohem Strafrahen kommt, die aber konkret betrachtet ein bloß geringes Unrecht und auch keine schwere Schuld signalisieren. Umgekehrt gibt es auch Fälle, in denen zwar ein geringer Strafrahen vorliegt, dennoch schwere Schuld angenommen wird, weil ein hohes Unrecht verwirklicht wurde.

10.5. Milderungs- und Erschwerungsgründe

Es ist eine Gesamtbewertung aller Faktoren und die Gewichtung der Erschwerungs- und Milderungsgründe vorzunehmen. Liegt bei der Prüfung der nicht schweren Schuld gem § 198 Abs 2 Z 2 StPO kein Milderungsgrund vor, so hat das auf die Schuldprüfung eine negative Auswirkung. Liegt nur ein Erschwerungsgrund gem § 33 der Z 1, 3 oder 4 vor, so kann nicht automatisch schwere Schuld angenommen werden. Liegt hingegen ein Erschwerungsgrund gem § 33 der Z 5,6 oder 7 vor, so wird man eher die schwere Schuld bejahen müssen, insb wenn in einem dieser Fälle kein Milderungsgrund vorliegt.

10.6. Die Schuldeinsicht des Beschuldigten

Die Schuldeinsicht des Beschuldigten ist keine generelle Voraussetzung für eine diversionelle Erledigung, obwohl dies der OGH in etlichen E vom Beschuldigten verlangt hat. Ausreichend ist eine zumindest bedingte Unrechtseinsicht oder eine partielle Übernahme der Verantwortung, um spezialpräventive Bedenken hinsichtlich der Notwendigkeit der Bestrafung nach § 198 Abs 1 StPO auszuräumen. Lediglich beim Tatausgleich wird vom Gesetz ausdrücklich die Bereitschaft des Beschuldigten „für die Tat einzustehen“ gefordert, welche aber erst im Zuge der Konfliktregelung zu erkunden respektive zu fördern ist.

10.7. Die Vorstrafe bei einem diversionellen Vorgehen und früherer diversionelle Erledigungen

Eine Vorstrafe oder eine frühere diversionelle Erledigung steht einem diversionellen Vorgehen prinzipiell nicht entgegen. Eine Vorstrafe kann allerdings ein spezial- oder generalpräventives Hinderniss darstellen. In der Praxis ist es allerdings so, dass sich eine bereits rechtskräftig abgeschlossene diversionelle Erledigung für ein neuerliches diversionelles Vorgehen zum Nachteil für den Beschuldigten auswirkt, was wiederum ein gewisses Spannungsverhältnis zur Unschuldsvermutung auslöst, da die Unschuldsvermutung, obwohl diversionell erledigt wurde, aufrecht zu erhalten ist.

Es sollte jedenfalls ausgeschlossen sein, dass bei der Prüfung der Schwere der Schuld gem § 198 Abs 2 Z 2 StPO die frühere Tat in irgendeiner Form als schulderhöhend gemessen wird.

10.8. Schuld erhöhende Merkmale

Schulderhöhende Merkmale und Ausschluss nicht schwerer Schuld liegen vor:

- wenn der Beschuldigte aus purem Rowdium gehandelt hat.
- wenn der Beschuldigte heimtückisch, grausam oder in einer für das Opfer qualvollen Weise gehandelt hat.
- wenn mehrere Beschuldigte in Ausführung ihres vorausgegangenen gemeinsamen Entschlusses am Tatort dem Opfer gegenüber als Einheit aufgetreten sind und dem Opfer dabei vorsätzlich eine Körperverletzung zugefügt haben.
- wenn der Beschuldigte durch erhebliche deliktische Intensität – auch bloß in Form einer untergeordneten Tatbeteiligung – unter Waffeneinsatz einen Raub begeht.
- wenn der Beschuldigte planmäßig einen lebensgefährlichen Angriff vorbereitet.
- wenn der Beschuldigte vorsätzlich Sorgfaltnormen übertritt und es dadurch zur Verwirklichung eines Fahrlässigkeitsdelikts kommt, welche den Schadenseintritt geradezu als wahrscheinlich und als nicht bloß entfernt möglich erscheinen lässt und die Tat darüber hinaus mit einem erheblichen, nicht ausgeglichenen oder ausgleichbaren Erfolgsunwert einhergeht.
- wenn der Beschuldigte einen grundlosen brutalen Angriff gegen ein ihm völlig unbekanntes Opfer auf offener Straße tätigt.
- wenn der Beschuldigte einen Verkehrsunfall unter Alkoholeinfluss verursacht.
- wenn der Beschuldigte aus rassistischen, fremdenfeindlichen oder anderen besonders verwerflichen Beweggründen gehandelt hat.
- wenn der Beschuldigte bei der Tat die Wehr- oder Hilflosigkeit eines anderen ausgenutzt hat.

10.9 Schuld mildernde Merkmale

Schuld mildernde Merkmale und Bejahung der nicht schweren Schuld liegen vor:

- wenn der Jugendliche eine Tat in bloß untergeordneter Beteiligung begeht.
- wenn der jugendliche Beschuldigte in bloß untergeordneter Beteiligung eine Tat noch dazu unter maßgeblichem Einfluss eines erwachsenen Mittäters begeht.

- wenn der Beschuldigte die Tat fahrlässig begangen hat, wobei es zu keiner vorsätzlichen Übertretung einer Sorgfaltsnorm gekommen ist, welche den Schadenseintritt geradezu als wahrscheinlich erscheinen lässt.
- wenn es sich bei dem Beschuldigten um einen Jugendlichen handelt, denn die Jugendlichkeit wirkt generell schuld mindernd.
- wenn die Erziehung des Beschuldigten vernachlässigt worden ist.
- wenn der Beschuldigte die Tat mehr durch eine besonders verlockende Gelegenheit verleitet als mit vorgefasster Absicht begangen hat.

Abschließend ist zu sagen, dass die Diversion, welche am 1.1.2000 eingeführt wurde, ein gutes Instrument darstellt, um individuell auf die Tat und den Beschuldigten eingehen zu können. Um das gesamte vom Gesetzgeber erfasste Deliktsspektrum zu erfassen, ist es erforderlich, dass für die Voraussetzung der nicht schweren Schuld nicht allzu strenge Maßstäbe angelegt werden.

III. Literaturverzeichnis

Bericht der Expertenkommission zur Prüfung der staatlichen Reaktionen auf strafbares Verhalten in Österreich, ÖJZ 2004, 550 ff

Bertel, Geringe Schuld bei Bagatelldiebstählen (§ 42 Z 1 StGB), ÖJZ 1990, 799 ff

Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht - Besonderer Teil I §§ 75 bis 268b StGB⁹ Wien 2006

Birklbauer, Reform der Diversion? Vorgesehene und diskutierte Änderungen, JSt 2004, 109 ff

Bollenberger, Zivilrechtliche Folgen einer strafrechtlichen Verurteilung, ÖJZ 2008/54, 515 ff

Brandstetter, Strafbarkeit juristischer Personen ab 1.1.2006!, ecolex 2006, 4 ff

Buchala, Schuld und Strafe, Strafzwecke und Strafzumessung in *Schmoller* (Hrsg.) FS Triffterer, Wien 1998, 561 ff

Burgstaller, Aktuelle Wandlungen im Grundverständnis des Strafrechts, JBI 1996, 362 ff

ders, Der Ladendiebstahl und seine private Bekämpfung im österreichischen Strafrecht, Wien 1981

ders, Die strafrechtliche Seite des Verkehrsunfalls und ihre Erledigung mittels Diversion, ZVR 2009/244, 467 ff

ders, Diversion in Österreich - Eine Zwischenbilanz, in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg.) 35. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie 19.-23. Februar 2007

ders, Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft in Schriftenreihe des BMJ 70, Interdisziplinäre Tagung vom 27. bis 29. April 1994 in Innsbruck, 123 ff

ders, Über die Bedeutung der neuen Diversionsregelungen für das österreichische Strafrecht in *Miklau/Schroll* (Hrsg.) Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten, Wien 1999, 11 ff

Burgstaller/Grafl, Fünf Jahre allgemeine Diversion in *Moos/Jesioneck/Müller* (Hrsg.) FS Miklau, Innsbruck 2006, 109 ff

Fabrizy, StGB und ausgewählte Nebengesetze⁹ Wien 2006

ders, StPO Kurzkommentar¹⁰ Wien 2008

Fous/Pürstl/Somereder, Alkohol und Suchtgift im Straßenverkehr - Erläuterungen und Rechtsprechung, Wien 1996

Foregger/Serini, Strafgesetzbuch² Wien 1978

Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Gießen 1907

Fuchs, Diversion und Tatopfer in *Miklau/Schroll* (Hrsg.) Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten, Wien 1999, 39 ff

ders, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁷ Wien 2008

ders, Überlegungen zur Fahrlässigkeit, Versuch, Beteiligung und Diversion in *Grafl/Medigovic* (Hrsg.) FS Burgstaller, Wien - Graz 2004, 51 ff

Fuchs/Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, Wien (Grundwerk 2002)

Gaisbauer, Fahrsicherheit und 0,8-Promille-Grenze, JBl 1963, 364 ff

Grafl, Ein Jahr Diversion in Österreich - Anspruch und Wirklichkeit, ÖJZ 2001, 411 ff

Hackensteiner, Alkohol im Straßenverkehr - Die Alkoholbestimmungen der StVO, Wien 1995

Hinterhofer, Diversion statt Strafe, Wien 2000

Hinterhofer/Rosbound, Kommentar zum Suchtmittelgesetz, Wien 2006

Hnatek-Petrak, Die Nachschulung für Probescheinbesitzer, Gesetzliche Lücken bei der Möglichkeit der Anordnung, ZVR 2002, 141 ff

Hochmayr, Schuldeinsicht als Voraussetzung einer Diversion? Zugleich eine Anmerkung zu OGH 7.3.2002, 15 Os 1/02, RZ 2003, 275 ff

Hoffer, Das Führerschein-Vormerkssystem in Österreich; 7. Führerscheingesetz-Novelle und Änderung der Straßenverkehrsordnung (BGBl I 2005/15, 01.04.2005), ÖAMTC-FI 2006/95

Hohenleitner, Schuld als Werturteil in *Hohenleitner/Lindner/Nowakowski* (Hrsg.) FS Rittler, Innsbruck 1957, 185 ff

Höpfel, Vom Rachedenken zum Einvernehmen - Einigung mit Beschuldigten statt formelles Strafverfahren: Fall Lombard-Club heizt Diskussion über Diversion an in Die Presse vom 15.9.2003

Höpfel/Kert, Gewalt in der Familie und Diversionslösungen in *Miklau/Schroll* (Hrsg.) Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten, Wien 1999, 127 ff

Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² Wien (Grundwerk 1999)

Jescheck, Friedrich Nowakowski als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker, ZStW 103 (1991), 1008 ff

ders, Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich, JBl 1998, 609 ff

Kadečka, Gesammelte Aufsätze, Wien 1959

Kert, Verbandsverantwortlichkeit und Finanzstrafrecht in *Leitner*, Finanzstrafrecht, Wien 2006, 9 ff

Kienapfel/Höpfel, Grundriss des österreichischen Strafrechts - Allgemeiner Teil¹³ Wien 2009

Kienapfel/Schroll, Strafrecht Besonderer Teil I² Wien 2008

Kirchbacher/Schroll, Zur Rechtsprechung des OGH betreffend das SMG und die Einbringung der Ergebnisse verdeckter Ermittlungen in die Hauptverhandlung (Teil III), RZ 2005, 170 ff

Kunst, Die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls, ÖJZ 1980, 314 ff

ders, Strafbemessung, Tatschuld und Spezialprävention, ÖJZ 1977, 481 ff

Leukauf/Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch⁸ Eisenstadt 1992

Loderbauer, Vorschläge für die Diversion im Gerichtshofverfahren in Schriftenreihe des BMJ 99, 1 ff

Loeschig-Gspandl, Der außergerichtliche Tatausgleich im allgemeinen Strafrecht in *Miklau/Schroll* (Hrsg.) Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten, Wien 1999, 85 ff

Maleczky, Strafrecht Allgemeiner Teil II¹³ Wien 2009

Manhart, Geringe Schuld und Verbandsverantwortlichkeit: Die mangelnde Strafwürdigkeit (§ 42 StGB, § 25 FinStrG) im VbVG, JSt 2007, 90 ff

Medigovic, Das neue Delikt der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gemäß § 159 StGB, ÖJZ 2003/9, 161 ff

Michel-Kwapinski/Schütz, Diversion bei Verdacht auf grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach § 159 StGB?, RZ 2008, 218 ff

Miklau, Der Beschuldigte und die Diversion in *Miklau/Schroll* (Hrsg.) Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten, Wien 1999, 29 ff

ders, Diversion - ein anderer Umgang mit Straftaten in Schriftenreihe des BMJ 99, 8. Forum der Staatsanwälte, Innsbruck 7. bis 10.Juni 1999, 1 ff

Miklau/Schroll, Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten, Wien 1999

Moos, Der Begriff der „geringen Schuld“ in § 42 StGB in *Fuchs/Brandstetter* (Hrsg.) FS Platzgummer, Wien 1995, 71 ff

ders, Die authentische Interpretation der Strafschärfung beim Rückfall nach § 39 StGB und der Schuldbegriff, ÖJZ 1980, 169 ff

ders, Die Strafbarkeit juristischer Personen und der Schuldgrundsatz, RZ 2004, 98 ff

ders, Richter und Strafrechtsreform, JBl 1996, 345 ff

ders, Der Schuldbegriff im österreichischen StGB in *Schmoller* (Hrsg.) FS Triffterer, Wien 1998, 169 ff

Nowakowski, Das Ausmaß der Schuld, ZStR 65 (1950)

ders, Perspektiven der Strafrechtsdogmatik, Wien 1981

ders, Probleme der Strafzumessung, in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* (Strafrechtliches Seminar 1974)

Pilgermair/Loderbauer, Diversion aus der Sicht des Staatsanwaltes in *Miklau/Schroll* (Hrsg.) Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten, Wien 1999, 51 ff

Platzgummer, Strafe, Schuld und Persönlichkeitsadäquanz in *Melnizky/Müller* (Hrsg.) FS Pallin, Wien 1989, 319 ff

Pleischl, Das Geldbußensystem in *Miklau/Schroll* (Hrsg.) Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten, Wien 1999, 99 ff

Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I Allgemeiner Teil² Wien 1954

Roxin, Zur systematischen Einordnung des § 42 StGB in *Melnizky/Müller* (Hrsg.) FS Pallin, Wien 1989, 345

Schmoller, Strafe ohne Schuld? Überlegungen zum neuen Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, RZ 2008, 8 ff

Schroll, Die Fortentwicklung der Diversion durch die Rechtsprechung in *Moos/Jesioneck/Müller* (Hrsg.) FS Miklau, Innsbruck 2006, 501 ff

ders, Diversion als Ausdruck eines Paradigmenwechsels der Strafrechtsdogmatik in *Huber/Jesioneck/Miklau* (Hrsg.) FS Moos, Wien 1997, 259 ff

ders, Diversion bei Verkehrsunfällen, *Der Sachverständige* 2003/3, 139 ff

ders, Strafverfahren ohne Strafe, Diversion in Österreich - Praxis und Ausblick, Schriftfassung eines am 9. Mai 1996 anlässlich der Richterwoche 1996 in Rust gehaltenen Referats, JRP Nr 5 (1997), 44-63

ders, Konfliktregelung bei Erwachsenen, JBI 1992, 93 ff

ders, Strafverfahren ohne Strafe, JRP 1997, 44 ff

Schütz, Das schwere Verschulden als Diversionsgrenze in *Miklau/Schroll* (Hrsg.) Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten, Wien 1999, 19 ff

ders, Die Rückfallshäufigkeit nach einem Außergerichtlichen Tatausgleich bei Erwachsenen, RZ 1999, 161 ff

ders, Divisionsentscheidungen im Strafrecht – Grundlagen, Voraussetzungen und Indikationen Wien 2003

ders, Diversionelle Erledigung bei Straßenverkehrsdelikten, ZVR 2001, 173 ff

Schwaighofer, Diversion nach Straßenverkehrsunfällen, ZVR 2008/119, 276 ff

ders, Fahrlässige Tötung: Verzicht auf Schuldspruch vorstellbar in Die Presse vom 17.9.2007

ders, Zum Anwendungsbereich der Diversion bei Jugendstraftaten, RZ 2001, 60 ff

ders, Zur Anwendbarkeit des § 42 StGB bei Verkehrsunfällen - eine kritische Analyse der E des OGH 14 Os 89/89, ZVR 1990, 97 ff

ders, Zur Strafwürdigkeit der Entwendung nach § 141 StGB, JBI 1997, 155 ff

Seiler, Diversion - Eine Vision und ihre Umsetzung, AnwBl 2001/9, 445 ff

ders, Strafprozessrecht¹⁰ Wien 2009

ders, Strafprozessreform 2004² Wien 2006

Smutny, Die Bewährung in *Miklau/Schroll* (Hrsg.) Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten, Wien 1999, 109 ff

Soyer, Strafverteidigung und Diversion in *Miklau/Schroll* (Hrsg.) Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten, Wien 1999, 61 ff

Thienel/Hauenschild, Verfassungsrechtliches „ne bis in idem“ und seine Auswirkung auf das Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsstrafverfahren, JBI 2004, 153 ff

Tschernitz, Kein Licht am Tag: Strafe bereits gekippt in Die Presse vom 17.9.2007

Venier, Das Verhalten nach der Tat ein erschwerender Umstand?, ÖJZ 1991, 697 ff

ders, Die neuen Diversionsbestimmungen und das SuchtmittelG, JBI 2000, 223 ff

Wolter/Freund, Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, Heidelberg 1996

Zipf, Der strafrechtliche Schuldbegriff, JBI 1980, 186 ff

ders, Die Bedeutung der Grundlagenformel des § 32 Abs 1 StGB, ÖJZ 1979, 197 ff

ders, Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat, ÖJZ 1977, 671 ff

Zöhrer, Die Diversion im österreichischen Strafrecht - Anspruch und Wirklichkeit nach der StPO-Reform 1999, Dissertation Wien 2004

Anhang

alte Fassung

StGB

Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat

§ 42. Ist die von Amts wegen zu verfolgende Tat nur mit Geldstrafe, mit nicht mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe oder mit einer solchen Freiheitsstrafe und Geldstrafe bedroht, so ist die Tat nicht strafbar, wenn

1. die Schuld des Täters gering ist,
2. die Tat keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat oder, sofern sich der Täter zumindest ernstlich darum bemüht hat, die Folgen der Tat im Wesentlichen beseitigt, gut gemacht oder sonst ausgeglichen worden sind und
3. eine Bestrafung nicht geboten ist, um den Täter von strafbaren Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegen zu wirken

neue Fassung

StPO

Einstellung wegen Geringfügigkeit

§ 191. (1) Von der Verfolgung einer Straftat, die nur mit Geldstrafe, mit einer Freiheitsstrafe bedroht ist, deren Höchstmaß drei Jahre nicht übersteigt, oder mit einer solchen Freiheitsstrafe und Geldstrafe hat die Staatsanwaltschaft abzusehen und das Ermittlungsverfahren einzustellen, wenn

1. in Abwägung der Schuld, der Folgen der Tat und des Verhaltens des Beschuldigten nach der Tat, insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Schadensgutmachung, sowie weiterer Umstände, die auf die Strafbemessung Einfluss hätten, der Störwert der Tat als gering anzusehen wäre und
2. eine Bestrafung oder ein Vorgehen nach dem 11.Hauptstück nicht geboten erscheint, um dem Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegen zu wirken

(2) Nach Einbringen der Anklage, im Verfahren vor dem Landesgericht als Geschworenen- oder Schöffengericht nach Rechtswirksamkeit der Anklageschrift wegen Begehung einer strafbaren Handlung, die von Amts wegen zu verfolgen ist, hat das Gericht unter denselben Voraussetzungen (Abs. 1) das Verfahren bis zum Schluss der

Hauptverhandlung mit Beschluss einzustellen. § 209 Abs. 2 erster Satz gilt sinngemäß.

StPO

IX a. Hauptstück

**Vom Rücktritt von der Verfolgung nach
Zahlung eines Geldbetrages, nach
Erbringung gemeinnütziger Leistungen,
nach einer Probezeit und nach
außergerichtlichem Tatausgleich
(Diversion)**

1. Allgemeines

§ 90a. (1) Der Staatsanwalt hat nach diesem Hauptstück vorzugehen und von der Verfolgung einer strafbaren Handlung zurückzutreten, wenn auf Grund hinreichend geklärten Sachverhalts feststeht, daß ein Zurücklegen der Anzeige nach § 90 nicht in Betracht kommt, eine Bestrafung jedoch im Hinblick auf

1. die Zahlung eines Geldbetrages (§ 90c) oder
2. die Erbringung gemeinnütziger Leistungen (§ 90d) oder

StPO

11. Hauptstück

**Rücktritt von Verfolgung (Diversion)
Allgemeines**

§ 198. (1) Die Staatsanwaltschaft hat nach diesem Hauptstück vorzugehen und von Verfolgung einer Straftat zurückzutreten, wenn auf Grund hinreichend geklärten Sachverhalts feststeht, dass eine Einstellung des Verfahrens nach den §§ 190 bis 192 nicht in Betracht kommt, eine Bestrafung jedoch im Hinblick auf

1. die Zahlung eines Geldbetrages (§ 200) oder
2. die Erbringung gemeinnütziger Leistungen (§ 201) oder
3. die Bestimmung einer Probezeit, in Verbindung mit Bewährungshilfe und der Erfüllung von Pflichten (§ 203), oder
4. einen Tatausgleich (§ 204) nicht geboten erscheint, um den Beschuldigten von der

3. die Bestimmung einer Probezeit, allenfalls in Verbindung mit Bewährungshilfe und der Erfüllung von Pflichten (§ 90f), oder
4. einen außergerichtlichen Tatausgleich (§ 90g)
- nicht geboten erscheint, um den Verdächtigen von strafbaren Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken.
- (2) Ein Vorgehen nach diesem Hauptstück ist jedoch nur zulässig, wenn
1. die strafbare Handlung nicht in die Zuständigkeit des Schöffengerichts oder Geschworenengerichts fällt,
 2. die Schuld des Verdächtigen nicht als schwer (§ 32 StGB) anzusehen wäre und
 3. die Tat nicht den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat.

§ 90b. Das Gericht hat die für den Staatsanwalt geltenden Bestimmungen dieses Hauptstückes sinngemäß anzuwenden und nach Einleitung der Voruntersuchung oder Erhebung der Anklage das Verfahren wegen einer von Amts wegen zu verfolgenden strafbaren Handlung unter den für den Staatsanwalt geltenden Voraussetzungen bis zum Schluß der Hauptverhandlung mit Beschluß einzustellen.

§ 199. Nach Einbringen der Anklage wegen Begehung einer strafbaren Handlung, die von Amts wegen zu verfolgen ist, hat das Gericht die für die Staatsanwaltschaft geltenden Bestimmungen dieses Hauptstückes sinngemäß anzuwenden und das Verfahren unter den für die Staatsanwaltschaft geltenden Voraussetzungen bis zum Schluss der Hauptverhandlung mit Beschluss einzustellen.

II. Rücktritt von der Verfolgung nach

Zahlung eines Geldbetrages

§ 90c. (1) Unter den Voraussetzungen des § 90a kann der Staatsanwalt von der Verfolgung einer strafbaren Handlung

Zahlung eines Geldbetrages

§ 200. (1) Unter den Voraussetzungen des § 198 kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung einer Straftat zurücktreten, wenn

zurücktreten, wenn der Verdächtige einen Geldbetrag zugunsten des Bundes entrichtet.

(2) Der Geldbetrag darf den Betrag nicht übersteigen, der einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zuzüglich der im Fall einer Verurteilung zu ersetzenden Kosten des Strafverfahrens (§§ 389 Abs. 2 und 3, 391 Abs. 1) entspricht. Er ist innerhalb von 14 Tagen nach Zustellung der Mitteilung nach Abs. 4 zu bezahlen. Sofern dies den Verdächtigen unbillig hart träfe, kann ihm jedoch ein Zahlungsaufschub für längstens sechs Monate gewährt oder die Zahlung von Teilbeträgen innerhalb dieses Zeitraums gestattet werden.

(3) Soweit dies möglich und zweckmäßig ist, ist der Rücktritt von der Verfolgung nach Zahlung eines Geldbetrages überdies davon abhängig zu machen, daß der Verdächtige binnen einer zu bestimmenden Frist von höchstens sechs Monaten aus der Tat entstandenen Schaden gutgemacht und dies unverzüglich nachweist.

(4) Der Staatsanwalt hat dem Verdächtigen mitzuteilen, daß die Durchführung eines Strafverfahrens gegen ihn wegen einer bestimmten strafbaren Handlung beabsichtigt sei, aber unterbleiben werden, wenn er einen festgesetzten Geldbetrag und gegebenenfalls Schadensgutmachung in bestimmter Höhe leiste. Des weiteren hat der Staatsanwalt den Verdächtigen im Sinne des § 90j sowie über die Möglichkeit eines Zahlungsaufschubs (Abs. 2) zu belehren, soweit er ihm einen solchen nicht von Amts wegen in Aussicht stellt.

(5) Nach Leistung des Geldbetrages und

der Beschuldigte einen Geldbetrag zu Gunsten des Bundes entrichtet.

(2) Der Geldbetrag darf den Betrag nicht übersteigen, der einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zuzüglich der im Fall einer Verurteilung zu ersetzenden Kosten des Strafverfahrens (§§ 389 Abs. 2 und 3, 391 Abs. 1) entspricht. Er ist innerhalb von 14 Tagen nach Zustellung der Mitteilung nach Abs. 4 zu bezahlen. Sofern dies den Beschuldigten unbillig hart träfe, kann ihm jedoch ein Zahlungsaufschub für längstens sechs Monate gewährt oder die Zahlung von Teilbeträgen innerhalb dieses Zeitraums gestattet werden.

(3) Soweit nicht aus besonderen Gründen darauf verzichtet werden kann, ist der Rücktritt von Verfolgung nach Zahlung eines Geldbetrages überdies davon abhängig zu machen, dass der Beschuldigte binnen einer zu bestimmenden Frist von höchstens sechs Monaten den aus der Tat entstandenen Schaden gutgemacht und dies unverzüglich nachweist.

(4) Die Staatsanwaltschaft hat dem Beschuldigten mitzuteilen, dass Anklage gegen ihn wegen einer bestimmten Straftat beabsichtigt sei, aber unterbleiben werde, wenn er einen festgesetzten Geldbetrag und gegebenenfalls Schadensgutmachung in bestimmter Höhe leiste. Des weiteren hat der Staatsanwalt den Verdächtigen im Sinne des § 207 sowie über die Möglichkeit eines Zahlungsaufschubs (Abs. 2) zu informieren, soweit sie ihm einen solchen nicht von Amts wegen in Aussicht stellt.

(5) Nach Leistung des Geldbetrages und

allfälliger Schadensgutmachung hat der Staatsanwalt von der Verfolgung zurückzutreten, sofern das Verfahren nicht gemäß § 90h nachträglich einzuleiten oder fortzusetzen ist.

allfälliger Schadensgutmachung hat die Staatsanwaltschaft von Verfolgung zurückzutreten, sofern das Verfahren nicht gemäß § 205 nachträglich fortzusetzen ist.

III. Rücktritt von der Verfolgung nach

gemeinnützigen Leistungen

§ 90d. (1) Unter den Voraussetzungen des § 90a kann der Staatsanwalt von der Verfolgung einer strafbaren Handlung vorläufig zurücktreten, wenn sich der Verdächtige ausdrücklich bereit erklärt hat, innerhalb einer zu bestimmenden Frist von höchstens sechs Monaten unentgeltlich gemeinnützige Leistungen zu erbringen.

(2) Gemeinnützige Leistungen sollen die Bereitschaft des Verdächtigen zum Ausdruck bringen, für die Tat einzustehen. Sie sind in der Freizeit bei einer geeigneten Einrichtung zu erbringen, mit der das Einvernehmen herzustellen ist.

(3) Soweit dies möglich und zweckmäßig ist, ist der Rücktritt von der Verfolgung nach gemeinnützigen Leistungen über dies davon abhängig zu machen, daß der Verdächtige binnen einer zu bestimmenden Frist von höchstens sechs Monaten aus der Tat entstandenen Schaden gutmacht oder sonst zum Ausgleich der Folgen der Tat beiträgt und dies unverzüglich nachweist.

(4) Der Staatsanwalt hat dem Verdächtigen mitzuteilen, daß die Durchführung eines Strafverfahrens gegen ihn wegen einer bestimmten strafbaren Handlung beabsichtigt sei, aber vorläufig unterbleiben werde, wenn er sich bereit erklärt, binnen bestimmter Frist

Gemeinnützigen Leistungen

§ 201. (1) Unter den Voraussetzungen des § 198 kann die Staatsanwaltschaft von Verfolgung einer Straftat vorläufig zurücktreten, wenn sich der Beschuldigte ausdrücklich bereit erklärt hat, innerhalb einer zu bestimmenden Frist von höchstens sechs Monaten unentgeltlich gemeinnützige Leistungen zu erbringen.

(2) Gemeinnützige Leistungen sollen die Bereitschaft des Beschuldigten zum Ausdruck bringen, für die Tat einzustehen. Sie sind in der Freizeit bei einer geeigneten Einrichtung zu erbringen, mit der das Einvernehmen herzustellen ist.

(3) Soweit nicht aus besonderen Gründen darauf verzichtet werden kann, ist der Rücktritt von Verfolgung nach gemeinnützigen Leistungen über dies davon abhängig zu machen, dass der Beschuldigte binnen einer zu bestimmenden Frist von höchstens sechs Monaten den aus der Tat entstandenen Schaden gutmacht oder sonst zum Ausgleich der Folgen der Tat beiträgt und dies unverzüglich nachweist.

(4) Die Staatsanwaltschaft hat dem Beschuldigten mitzuteilen, dass Anklage gegen ihn wegen einer bestimmten Straftat beabsichtigt sei, aber vorläufig unterbleiben werde, wenn er sich bereit erklärt, binnen

gemeinnützige Leistungen in nach Art und Ausmaß bestimmter Weise zu erbringen und gegebenenfalls Tatfolgenausgleich zu leisten. Der Staatsanwalt hat den Verdächtigen dabei im Sinne des § 90j zu belehren; er kann auch eine in der Sozialarbeit erfahrene Person um diese Mitteilung und Belehrung sowie darum ersuchen, die gemeinnützigen Leistungen zu vermitteln (§ 29b des Bewährungshilfegesetzes). Die Einrichtung (Abs. 2) hat dem Verdächtigen oder dem Sozialarbeiter einer Bestätigung über die erbrachten Leistungen auszustellen, die unverzüglich vorzulegen ist.

(5) Nach Erbringung der gemeinnützigen Leistungen und allfälligem Tatfolgenausgleich hat der Staatsanwalt von der Verfolgung endgültig zurückzutreten, sofern das Verfahren nicht gemäß § 90h nachträglich einzuleiten oder fortzusetzen ist.

bestimmter Frist gemeinnützige Leistungen in nach Art und Ausmaß bestimmter Weise zu erbringen und gegebenenfalls Tatfolgenausgleich zu leisten. Die Staatsanwaltschaft hat den Beschuldigten dabei im Sinne des § 207 zu informieren; sie kann auch eine in der Sozialarbeit erfahrene Person um die Erteilung dieser Information sowie darum ersuchen, die gemeinnützigen Leistungen zu vermitteln (§ 29b des Bewährungshilfegesetzes). Die Einrichtung (Abs. 2) hat dem Beschuldigten oder dem Sozialarbeiter einer Bestätigung über die erbrachten Leistungen auszustellen, die unverzüglich vorzulegen ist.

(5) Nach Erbringung der gemeinnützigen Leistungen und allfälligem Tatfolgenausgleich hat der Staatsanwalt von Verfolgung endgültig zurückzutreten, sofern das Verfahren nicht gemäß § 205 nachträglich fortzusetzen ist.

§ 90e. (1) Gemeinnützige Leistungen dürfen täglich nicht mehr als acht Stunden, wöchentlich nicht mehr als 40 Stunden und insgesamt nicht mehr als 240 Stunden in Anspruch nehmen; auf eine gleichzeitige Aus- und Fortbildung oder eine Berufstätigkeit des Verdächtigen ist Bedacht zu nehmen. Gemeinnützige Leistungen, die einen unzumutbaren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte oder in die Lebensführung des Verdächtigen darstellen würden, sind unzulässig.

(2) Die Leiter der Staatsanwaltschaften haben jeweils eine Liste von Einrichtungen, die für die Erbringung gemeinnütziger

§ 202. (1) Gemeinnützige Leistungen dürfen täglich nicht mehr als acht Stunden, wöchentlich nicht mehr als 40 Stunden und insgesamt nicht mehr als 240 Stunden in Anspruch nehmen; auf eine gleichzeitige Aus- und Fortbildung oder eine Berufstätigkeit des Beschuldigten ist Bedacht zu nehmen. Gemeinnützige Leistungen, die einen unzumutbaren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte oder in die Lebensführung des Beschuldigten darstellen würden, sind unzulässig.

(2) Die Leiter der Staatsanwaltschaften haben jeweils eine Liste von Einrichtungen, die für die Erbringung gemeinnütziger

Leistungen geeignet sind, zu führen und erforderlichen Falls zu ergänzen. In dieser Liste ist auf Verlangen jedermann Einsicht zu gewähren.

(3) Fügt der Verdächtige bei der Erbringung gemeinnütziger Leistungen der Einrichtung oder deren Träger einen Schaden zu, so ist auf seine Ersatzpflicht das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, BGBl. Nr. 80/1965, sinngemäß anzuwenden. Fügt der Verdächtige einem Dritten einen Schaden zu, so haftet dafür neben ihm auch der Bund nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Die Einrichtung oder deren Träger haftet in diesem Fall dem Geschädigten nicht.

(4) Der Bund hat den Schaden nur in Geld zu ersetzen. Von der Einrichtung, bei der die gemeinnützigen Leistungen erbracht wurden, oder deren Träger kann er Rückersatz begehren, insoweit diesen oder ihren Organen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, insbesondere durch Vernachlässigung der Aufsicht oder Anleitung, zur Last fällt. Auf das Verhältnis zwischen dem Bund und dem Verdächtigen ist das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, BGBl. Nr. 80/1965, sinngemäß anzuwenden.

(5) Erleidet der Verdächtige bei Erbringung gemeinnütziger Leistungen einen Unfall oder eine Krankheit, so gelten die Bestimmungen der §§ 76 bis 84 des Strafvollzugsgesetzes dem Sinne nach.

Leistungen geeignet sind, zu führen und erforderlichen Falls zu ergänzen. In dieser Liste ist auf Verlangen jedermann Einsicht zu gewähren.

(3) Fügt der Beschuldigte bei der Erbringung gemeinnütziger Leistungen der Einrichtung oder deren Träger einen Schaden zu, so ist auf seine Ersatzpflicht das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, BGBl. Nr. 80/1965, sinngemäß anzuwenden. Fügt der Beschuldigte einem Dritten einen Schaden zu, so haftet dafür neben ihm auch der Bund nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Die Einrichtung oder deren Träger haftet in diesem Fall dem Geschädigten nicht.

(4) Der Bund hat den Schaden nur in Geld zu ersetzen. Von der Einrichtung, bei der die gemeinnützigen Leistungen erbracht wurden, oder deren Träger kann er Rückersatz begehren, insoweit diesen oder ihren Organen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, insbesondere durch Vernachlässigung der Aufsicht oder Anleitung, zur Last fällt. Auf das Verhältnis zwischen dem Bund und dem Verdächtigen ist das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, BGBl. Nr. 80/1965, sinngemäß anzuwenden.

(5) Erleidet der Beschuldigte bei Erbringung gemeinnütziger Leistungen einen Unfall oder eine Krankheit, so gelten die Bestimmungen der §§ 76 bis 84 des Strafvollzugsgesetzes dem Sinne nach.

IV. Rücktritt von der Verfolgung nach

einer Probezeit

§ 90f. (1) Unter der Voraussetzung des § 90a

Probezeit

§ 203. (1) Unter der Voraussetzung des §

kann der Staatsanwalt von der Verfolgung einer strafbaren Handlung unter Bestimmung einer Probezeit von einem Jahr bis zu zwei Jahren vorläufig zurücktreten. Der Lauf der Probezeit beginnt mit der Zustellung der Verständigung über den vorläufigen Rücktritt von der Verfolgung.

(2) Soweit dies möglich und zweckmäßig ist, ist der vorläufige Rücktritt von der Verfolgung überdies davon abhängig zu machen, daß sich der Verdächtige ausdrücklich bereit erklärt, während der Probezeit bestimmte Pflichten zu erfüllen, die er als Weisung (§ 51 StGB) erteilt werden könnten, und sich durch einen Bewährungshelfer (§ 52 StGB) betreuen zu lassen. Dabei kommt insbesondere die Pflicht in Betracht, den entstandenen Schaden nach Kräften gutzumachen oder sonst zum Ausgleich der Folgen der Tat beizutragen.

(3) Der Staatsanwalt hat dem Verdächtigen mitzuteilen, daß die Durchführung eines Strafverfahrens gegen ihn wegen einer bestimmten strafbaren Handlung für eine bestimmte Probezeit vorläufig unterbleibe, und ihn im Sinne des § 90j zu belehren. Gegebenenfalls hat der Staatsanwalt dem Verdächtigen mitzuteilen, daß dieser vorläufige Rücktritt von der Verfolgung voraussetze, daß er sich ausdrücklich bereit erklärt, bestimmte Pflichten auf sich zu nehmen und sich von einem Bewährungshelfer betreuen zu lassen (Abs. 2). In diesem Fall kann der Staatsanwalt auch eine in der Sozialarbeit erfahrene Person um die Mitteilung und Belehrung sowie darum ersuchen, den Verdächtigen bei

198 kann die Staatsanwaltschaft von Verfolgung einer Straftat unter Bestimmung einer Probezeit von einem Jahr bis zu zwei Jahren vorläufig zurücktreten. Der Lauf der Probezeit beginnt mit der Zustellung der Verständigung über den vorläufigen Rücktritt von Verfolgung.

(2) Soweit nicht aus besonderen Gründen darauf verzichtet werden kann, ist der vorläufige Rücktritt von Verfolgung überdies davon abhängig zu machen, dass sich der Beschuldigte ausdrücklich bereit erklärt, während der Probezeit bestimmte Pflichten zu erfüllen, die er als Weisung (§ 51 StGB) erteilt werden könnten, und sich durch einen Bewährungshelfer (§ 52 StGB) betreuen zu lassen. Dabei kommt insbesondere die Pflicht in Betracht, den entstandenen Schaden nach Kräften gutzumachen oder sonst zum Ausgleich der Folgen der Tat beizutragen.

(3) Die Staatsanwaltschaft hat dem Beschuldigten mitzuteilen, dass Anklage gegen ihn wegen einer bestimmten Straftat für eine bestimmte Probezeit vorläufig unterbleibe, und ihn im Sinne des § 207 zu informieren. Gegebenenfalls hat die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten mitzuteilen, dass dieser vorläufige Rücktritt von Verfolgung voraussetze, dass er sich ausdrücklich bereit erklärt, bestimmte Pflichten auf sich zu nehmen und sich von einem Bewährungshelfer betreuen zu lassen (Abs. 2). In diesem Fall kann die Staatsanwaltschaft auch eine in der Sozialarbeit erfahrene Person um die Erteilung dieser Informationen sowie darum ersuchen, den Beschuldigten bei der

der Erfüllung solcher Pflichten zu betreuen (§ 29b des Bewährungshilfegesetzes).

(4) Nach Ablauf der Probezeit und Erfüllung allfälliger Pflichten hat der Staatsanwalt von der Verfolgung endgültig zurückzutreten, sofern das Verfahren nicht gemäß § 90h nachträglich einzuleiten oder fortzusetzen ist.

Erfüllung solcher Pflichten zu betreuen (§ 29b des Bewährungshilfegesetzes).

(4) Nach Ablauf der Probezeit und Erfüllung allfälliger Pflichten hat die Staatsanwaltschaft von Verfolgung endgültig zurückzutreten, sofern das Verfahren nicht gemäß § 205 nachträglich fortzusetzen ist.

V. Rücktritt von der Verfolgung nach außergerichtlichem Tatausgleich

§ 90g. (1) Unter den Voraussetzungen des § 90a kann der Staatsanwalt von der Verfolgung einer strafbaren Handlung zurücktreten, wenn der Verdächtige bereit ist, für die Tat einzustehen und sich mit deren Ursachen auseinanderzusetzen, wenn er allfällige Folgen der Tat auf eine den Umständen nach geeignete Weise ausgleicht, insbesondere dadurch, daß er aus der Tat entstandenen Schaden gutmacht oder sonst zum Ausgleich der Folgen der Tat beiträgt, und wenn er erforderlichenfalls Verpflichtungen eingeht, die seine Bereitschaft bekunden, Verhaltensweisen, die zur Tat geführt haben, künftig zu unterlassen.

(2) Der Verletzte ist in Bemühungen um einen außergerichtlichen Tatausgleich einzubeziehen, soweit er dazu bereit ist. Das Zustandekommen eines Ausgleichs ist von seiner Zustimmung abhängig, es sei denn, daß er diese aus Gründen nicht erteilt, die im Strafverfahren nicht berücksichtigungswürdig sind. Seine berechtigten Interessen sind jedenfalls zu berücksichtigen (§ 90i).

(3) Der Staatsanwalt kann einen Konfliktregler ersuchen, den Verletzten und

Tatausgleich

§ 204. (1) Unter den Voraussetzungen des § 198 kann die Staatsanwaltschaft von Verfolgung einer Straftat zurücktreten, wenn durch die Tat Rechtsgüter einer Person unmittelbar beeinträchtigt sein könnten und der Beschuldigte bereit ist, für die Tat einzustehen und sich mit deren Ursachen auseinander zu setzen, wenn er allfällige Folgen der Tat auf eine den Umständen nach geeignete Weise ausgleicht, insbesondere dadurch, dass er aus der Tat entstandenen Schaden gutmacht oder sonst zum Ausgleich der Folgen der Tat beiträgt, und wenn er erforderlichenfalls Verpflichtungen eingeht, die seine Bereitschaft bekunden, Verhaltensweisen, die zur Tat geführt haben, künftig zu unterlassen.

(2) Das Opfer ist in Bemühungen um einen Tatausgleich einzubeziehen, soweit er dazu bereit ist. Das Zustandekommen eines Ausgleichs ist von seiner Zustimmung abhängig, es sei denn, dass er diese aus Gründen nicht erteilt, die im Strafverfahren nicht berücksichtigungswürdig sind. Seine berechtigten Interessen sind jedenfalls zu berücksichtigen (§ 206).

(3) Die Staatsanwaltschaft kann einen

den Verdächtigen über die Möglichkeit eines außergerichtlichen Tauschgleichs sowie im Sinne der §§ 90i und 90j zu belehren und bei ihren Bemühungen um einen solchen Ausgleich anzuleiten und zu unterstützen (§ 29a des Bewährungshilfegesetzes).

(4) Der Konfliktregler hat dem Staatsanwalt über Ausgleichsvereinbarungen zu berichten und deren Erfüllung zu überprüfen. Einen abschließenden Bericht hat er zu erstatten, wenn der Verdächtige seinen Verpflichtungen zumindest soweit nachgekommen ist, daß unter Berücksichtigung seines übrigen Verhaltens angenommen werden kann, er werde die Vereinbarung weiter einhalten, oder wenn nicht mehr zu erwarten ist, daß ein Ausgleich zustande kommt.

Konfliktregler ersuchen, das Opfer und den Beschuldigten über die Möglichkeit eines Tauschgleichs sowie im Sinne der §§ 206 und 207 zu informieren und bei ihren Bemühungen um einen solchen Ausgleich anzuleiten und zu unterstützen (§ 29a des Bewährungshilfegesetzes).

(4) Der Konfliktregler hat der Staatsanwaltschaft über Ausgleichsvereinbarungen zu berichten und deren Erfüllung zu überprüfen. Einen abschließenden Bericht hat er zu erstatten, wenn der Beschuldigte seinen Verpflichtungen zumindest soweit nachgekommen ist, dass unter Berücksichtigung seines übrigen Verhaltens angenommen werden kann, er werde die Vereinbarung weiter einhalten, oder wenn nicht mehr zu erwarten ist, dass ein Ausgleich zustande kommt.

VI. Nachträgliche Einleitung oder Fortsetzung des Strafverfahrens

§ 90h. (1) Nach einem nicht bloß vorläufigem Rücktritt von der Verfolgung des Verdächtigen nach diesem Hauptstück (§§ 90c Abs. 5, 90d Abs. 5, 90f Abs. 4 und 90g Abs. 1) ist eine Einleitung oder Fortsetzung des Strafverfahrens nur unter den Voraussetzungen der ordentlichen Wiederaufnahme zulässig. Vor einem solchen Rücktritt ist das Strafverfahren jedenfalls dann einzuleiten oder fortzusetzen, wenn der Verdächtige dies verlangt.

(2) Hat der Staatsanwalt dem Verdächtigen vorgeschlagen, einen Geldbetrag zu bezahlen (§ 90c Abs. 4), gemeinnützige

Nachträgliche Fortsetzung des Strafverfahrens

§ 205. (1) Nach einem nicht bloß vorläufigem Rücktritt von Verfolgung des Beschuldigten nach diesem Hauptstück (§§ 200 Abs. 5, 201 Abs. 5, 203 Abs. 4 und 204 Abs. 1) ist eine Fortsetzung des Strafverfahrens nur unter den Voraussetzungen der ordentlichen Wiederaufnahme zulässig. Vor einem solchen Rücktritt ist das Strafverfahren jedenfalls dann fortzusetzen, wenn der Beschuldigte dies verlangt.

(2) Hat die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten vorgeschlagen, einen Geldbetrag zu bezahlen (§ 200 Abs. 4), gemeinnützige Leistungen zu erbringen (§

Leistungen zu erbringen (§ 90d Abs. 4) oder eine Probezeit und allfällige Pflichten auf sich zu nehmen (§ 90f Abs. 3), oder ist der Staatsanwalt von der Verfolgung der strafbaren Handlung vorläufig zurückgetreten (§§ 90d Abs.1, 90f Abs.1), so hat er das Strafverfahren einzuleiten oder fortzusetzen, wenn

1. der Verdächtige den Geldbetrag samt allfälliger Schadensgutmachung oder die gemeinnützigen Leistungen samt allfälligem Tatfolgenausgleich nicht vollständig oder nicht rechtzeitig zahlt oder erbringt,
2. der Verdächtige übernommene Pflichten nicht hinreichend erfüllt oder sich beharrlich dem Einfluss des Bewährungshelfers entzieht oder
3. gegen den Verdächtigen vor Zahlung des Geldbetrages samt allfälliger Schadensgutmachung oder vor Erbringung der gemeinnützigen Leistungen samt allfälligem Tatfolgenausgleich oder vor Ablauf der Probezeit wegen einer anderen strafbaren Handlung ein Strafverfahren eingeleitet wird. In diesem Fall ist die nachträgliche Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens zulässig, sobald gegen den Verdächtigen wegen der neuen oder neu hervorgekommenen strafbaren Handlung Anklage erhoben wird, und auch noch während eines Monats nach Erhebung dieser Anklage, selbst wenn inzwischen der Geldbetrag gezahlt, die gemeinnützigen Leistungen erbracht oder der Tatfolgenausgleich bewirkt wurde oder die Probezeit abgelaufen ist. Das nachträglich eingeleitete oder fortgesetzte Strafverfahren

201 Abs. 4) oder eine Probezeit und allfällige Pflichten auf sich zu nehmen (§ 203 Abs. 3), oder ist die Staatsanwaltschaft von Verfolgung der Straftat vorläufig zurückgetreten (§§ 201 Abs.1, 203 Abs.1), so hat sie das Strafverfahren fortzusetzen, wenn

1. der Beschuldigte den Geldbetrag samt allfälliger Schadensgutmachung oder die gemeinnützigen Leistungen samt allfälligem Tatfolgenausgleich nicht vollständig oder nicht rechtzeitig zahlt oder erbringt,
2. der Beschuldigte übernommene Pflichten nicht hinreichend erfüllt oder sich beharrlich dem Einfluss des Bewährungshelfers entzieht oder
3. gegen den Beschuldigten vor Ablauf der Probezeit wegen einer anderen Straftat ein Strafverfahren eingeleitet wird. In diesem Fall ist die nachträgliche Fortsetzung des Verfahrens zulässig, sobald gegen den Beschuldigten wegen der neuen oder neu hervorgekommenen Straftat Anklage eingebracht wird, und zwar auch noch während dreier Monate nach dem Einbringen, selbst wenn inzwischen die Probezeit abgelaufen ist. Das nachträglich fortgesetzte Strafverfahren ist jedoch nach Maßgabe der übrigen Voraussetzungen zu beenden, wenn das neue Strafverfahren auf andere Weise als durch einen Schuldspruch beendet wird.

(3) Von der Fortsetzung des Verfahrens kann jedoch abgesehen werden, wenn dies in den Fällen des Abs. 2 Z 1 aus besonderen Gründen vertretbar erscheint, in den Fällen des Abs. 2 Z 2 und 3 nach den Umständen nicht geboten ist, um den Beschuldigten von

ist jedoch nach Maßgabe der übrigen Voraussetzungen einzustellen, wenn das neue Strafverfahren auf eine andere Weise als durch einen Schuldspruch beendet wird.

(3) Von der Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens kann jedoch abgesehen werden, wenn dies in den Fällen des Abs. 2 Z 1 aus besonderen Gründen vertretbar erscheint, in den Fällen des Abs. 2 Z 2 und 3 nach den Umständen nicht geboten ist, um den Verdächtigen von strafbaren Handlungen abzuhalten. Im übrigen ist die Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens in den im Abs. 2 angeführten Fällen außer unter den in Z 1 bis 3 angeführten Voraussetzungen nur zulässig, wenn der Verdächtige den dort erwähnten Vorschlag des Staatsanwalts nicht annimmt.

(4) Wenn der Verdächtige den Geldbetrag nicht vollständig oder nicht rechtzeitig zahlen oder den übernommenen Verpflichtungen nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkommen kann, weil ihn dies wegen einer erheblichen Änderung der für die Höhe des Geldbetrages oder die Art oder den Umfang der Verpflichtungen maßgeblichen Umstände unbillig hart träfe, so kann der Staatsanwalt die Höhe des Geldbetrages oder die Verpflichtung angemessen ändern.

(5) Verpflichtungen, die der Verdächtige übernommen, und Zahlungen, zu denen er sich bereit erklärt hat, werden mit der nachträglichen Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens gegenstandslos. Die Bewährungshilfe endet; § 197 bleibt jedoch unberührt. Vom Verdächtigen in diesem Zusammenhang erbrachte Leistungen sind bei einer allfälligen Strafbemessung zu

der Begehung strafbaren Handlungen abzuhalten. Im Übrigen ist die Fortsetzung des Verfahrens in den im Abs. 2 angeführten Fällen außer unter den in Z 1 bis 3 angeführten Voraussetzungen nur zulässig, wenn der Verdächtige den dort erwähnten Vorschlag der Staatsanwaltschaft nicht annimmt.

(4) Wenn der Beschuldigte den Geldbetrag nicht vollständig oder nicht rechtzeitig zahlen oder den übernommenen Verpflichtungen nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkommen kann, weil ihn dies wegen einer erheblichen Änderung der für die Höhe des Geldbetrages oder die Art oder den Umfang der Verpflichtungen maßgeblichen Umstände unbillig hart träfe, so kann die Staatsanwaltschaft die Höhe des Geldbetrages oder die Verpflichtung angemessen ändern.

(5) Verpflichtungen, die der Beschuldigte übernommen, und Zahlungen, zu denen er sich bereit erklärt hat, werden mit der nachträglichen Fortsetzung des Verfahrens gegenstandslos. Die Bewährungshilfe endet; § 179 bleibt jedoch unberührt. Geldbeträge, die der Beschuldigte geleistet hat (§ 200), sind auf eine nicht bedingt nachgesehene Geldstrafe unter sinngemäßer Anwendung des § 38 Abs. 1 Z 1 StGB anzurechnen; im Übrigen sind sie zurückzuzahlen. Andere Leistungen sind nicht zu ersetzen, im Fall einer Verurteilung jedoch gleichfalls angemessen auf die Strafe anzurechnen. Dabei sind insbesondere Art und Dauer der Leistung zu berücksichtigen.

berücksichtigen. Wird der Verdächtige freigesprochen oder sonst außer Verfolgung gesetzt, so sind nur nach § 90c geleistete Geldbeträge zurückzuzahlen, andere Leistungen jedoch nicht zu erstatten.

VII. Rechte und Interessen des Verletzten

§ 90i. (1) Bei einem Vorgehen nach diesem Hauptstück sind stets die Interessen des Verletzten zu prüfen und, soweit sie berechtigt sind, im größtmöglichen Ausmaß zu fördern. Um beurteilen zu können, ob eine Schadensgutmachung oder ein sonstiger Tatfolgenausgleich möglich und zweckmäßig ist, hat der Staatsanwalt erforderlichenfalls entsprechende Erhebungen zu veranlassen. Der Verletzte hat das Recht, eine Vertrauensperson beizuziehen. Er ist jedenfalls sobald wie möglich umfassen über seine Rechte zu belehren und über geeignete Opferschutzeinrichtungen zu informieren. Vor einem Rücktritt von der Verfolgung ist er zu hören, soweit dies nach Maßgabe seiner Interessen geboten erscheint.

(2) Der Verletzte ist jedenfalls zu verständigen, wenn sich der Verdächtige bereit erklärt, aus der Tat entstandenen Schaden gutzumachen oder sonst zum Ausgleich der Folgen der Tat beizutragen. Gleiches gilt für den Fall, daß der Verdächtige eine Pflicht übernimmt, welche die Interessen des Verletzten unmittelbar berührt.

Rechte und Interessen der Opfer

§ 206. (1) Bei einem Vorgehen nach diesem Hauptstück sind stets die Interessen des Opfers zu prüfen und im größtmöglichen Ausmaß zu fördern. Das Opfer hat das Recht, eine Vertrauensperson beizuziehen. Es ist jedenfalls sobald wie möglich umfassen über seine Rechte und über geeignete Opferschutzeinrichtungen zu informieren. Wenn noch keine volle Schadensgutmachung erfolgt ist oder dies zur Wahrung seiner Interessen sonst geboten erscheint, ist dem Opfer vor einem Rücktritt von der Verfolgung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(2) Das Opfer ist jedenfalls zu verständigen, wenn sich der Beschuldigte bereit erklärt, aus der Tat entstandenen Schaden gutzumachen oder sonst zum Ausgleich der Folgen der Tat beizutragen. Gleiches gilt für den Fall, dass der Beschuldigte eine Pflicht übernimmt, welche die Interessen des Geschädigten unmittelbar berührt.

VIII. Belehrung des Verdächtigen

§ 90j. (1) Bei einem Vorgehen nach diesem

Information des Beschuldigten

§ 207. Bei einem Vorgehen nach diesem

Hauptstück ist der Verdächtige eingehen über seine Rechtsstellung zu belehren, insbesondere über die Voraussetzungen für einen Rücktritt von der Verfolgung nach diesem Hauptstück, über das Erfordernis seiner Zustimmung, über seine Möglichkeit, eine Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens zu verlangen, und über die sonstigen Umstände, die eine Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens bewirken können (§ 90h Abs. 2), über die Notwendigkeit eines Pauschalkostenbeitrags (§ 388) sowie über die Registrierung nach § 90m.

(2) Verständigungen und Mitteilungen nach den §§ 90c Abs. 4, 90d Abs. 1 und 4 sowie 90f Abs. 1 und 3 sind dem Verdächtigen selbst zu seinen eigenen Händen zuzustellen. Im übrigen ist auch bei Zustellung durch den Staatsanwalt § 80 anzuwenden.

Hauptstück ist der Beschuldigte eingehen über seine Rechte zu informieren, insbesondere über die Voraussetzungen für einen Rücktritt von Verfolgung, über das Erfordernis seiner Zustimmung, über seine Möglichkeit, eine Fortsetzung des Verfahrens zu verlangen, über die sonstigen Umstände, die eine Fortsetzung des Verfahrens bewirken können (§ 205 Abs. 2) und über die Notwendigkeit eines Pauschalkostenbeitrags (§ 388).

IX. Gemeinsame Bestimmungen

§ 90k. (1) Um die Voraussetzungen für ein Vorgehen nach diesem Hauptstück abzuklären, kann der Staatsanwalt oder das Gericht den Leiter der zuständigen Dienst- oder Geschäftsstelle für den außergerichtlichen Tatausgleich ersuchen, mit dem Verletzten, mit dem Verdächtigen und gegebenenfalls auch mit jener Einrichtung, bei der gemeinnützige Leistungen zu erbringen oder eine Schulung oder ein Kurs zu besuchen wären, Verbindung aufzunehmen und sich dazu zu äußern, ob die Zahlung eines Geldbetrages, die Erbringung gemeinnütziger Leistungen,

Gemeinsame Bestimmungen

§ 208. (1) Um die Voraussetzungen für ein Vorgehen nach diesem Hauptstück abzuklären, kann der Staatsanwalt den Leiter der zuständigen Dienst- oder Geschäftsstelle für den außergerichtlichen Tatausgleich ersuchen, mit dem Opfer, mit dem Beschuldigten und gegebenenfalls auch mit jener Einrichtung, bei der gemeinnützige Leistungen zu erbringen oder eine Schulung oder ein Kurs zu besuchen wären, Verbindung aufzunehmen und sich dazu zu äußern, ob die Zahlung eines Geldbetrages, die Erbringung gemeinnütziger Leistungen, die Bestimmung einer Probezeit, die

die Bestimmung einer Probezeit, die Übernahme bestimmter Pflichten, die Übernahme bestimmter Pflichten, die Betreuung durch einen Bewährungshelfer oder ein außergerichtlicher Tatausgleich oder ein außergerichtlicher Tatausgleich zweckmäßig wäre.

Zu diesem Zweck kann der Staatsanwalt auch selbst Erhebungen führen sowie den Verletzten, den Verdächtigen und andere Personen hören.

(2) Die Probezeit nach § 90f Abs. 1 sowie die Fristen zur Zahlung eines Geldbetrages samt allfälliger Schadensgutmachung und zur Erbringung gemeinnütziger Leistungen samt allfälligem Tatfolgenausgleich (§§ 90c Abs. 2 und 3, 90d Abs. 1 und 3) werden in die Verjährungszeit nicht eingerechnet (§ 58 Abs. 3 StGB).

(2) Auf begründeten Antrag des Beschuldigten kann ein nach § 200 festgesetzter Geldbetrag niedriger bemessen oder das gestellte Anbot geändert werden, wenn neu hervorgekommene oder nachträglich eingetretene Umstände ein solches Vorgehen erfordern.

(3) Die Probezeit nach § 203 Abs. 1 sowie die Fristen zur Zahlung eines Geldbetrages samt allfälliger Schadensgutmachung und zur Erbringung gemeinnütziger Leistungen samt allfälligem Tatfolgenausgleich (§§ 200 Abs. 2 und 3, 201 Abs. 1 und 3) werden in die Verjährungszeit nicht eingerechnet (§ 58 Abs. 3 StGB). Gleiches gilt für die Zeit von der Stellung eines Ersuchens der Staatsanwaltschaft gemäß § 204 Abs. 3 bis zur Mitteilung des Konfliktreglers über die Ausgleichsvereinbarungen und ihre Erfüllung (§ 204 Abs. 4).

(4) Vom Rücktritt von Verfolgung hat die Staatsanwaltschaft die Kriminalpolizei, den Beschuldigten, das Opfer und, sofern es mit dem Verfahren befasst war, das Gericht zu verständigen. Hat das Gericht das Verfahren gemäß § 199 eingestellt, obliegen die Verständigungen diesem. In der Verständigung sind die maßgebenden Umstände für die Erledigung in Schlagworten darzustellen.

§ 90l. (1) Der Staatsanwalt kann nach diesem Hauptstück von der Verfolgung

§ 209. (1) Die Staatsanwaltschaft kann nach diesem Hauptstück von Verfolgung

zurücktreten, solange er noch nicht Anklage erhoben hat, danach hat er bei Gericht zu beantragen, das Verfahren einzustellen (§ 90b).

(2) Gerichtliche Beschlüsse nach diesem Hauptstück sind während der Voruntersuchung vom Untersuchungsrichter, in der Hauptverhandlung vom erkennenden Gericht, sonst vom Vorsitzenden, in der Hauptverhandlung vor dem Geschworenengericht jedoch vom Schwurgerichtshof zu fassen. Bevor das Gericht dem Verdächtigen eine Mitteilung nach den §§ 90c Abs. 4, 90d Abs. 4, 90f Abs. 3 oder einen Beschluß, mit dem das Verfahren eingestellt oder seine Einleitung abgelehnt wird, zustellt, hat es den Staatsanwalt zu hören. Ein solcher Beschluß ist dem Verdächtigen überdies erst dann zuzustellen, wenn er dem Staatsanwalt gegenüber in Rechtskraft erwachsen ist.

(3) Gegen einen Beschluß, mit dem ein Strafverfahren nach diesem Hauptstück eingestellt oder dessen Einleitung abgelehnt wird (§§ 90c Abs. 5, 90d Abs. 1 und 5, 90f Abs. 1 und 4, 90g Abs. 1 in Verbindung mit § 90b) steht dem Staatsanwalt, gegen eine Abweisung des Antrags auf Einstellung des Strafverfahrens dem Verdächtigen und dem Staatsanwalt die binnen 14 Tagen nach Zustellung einzubringende Beschwerde an den übergeordneten Gerichtshof zu. Solange über eine solche Beschwerde noch nicht entschieden wurde, ist die Durchführung einer Hauptverhandlung nicht zulässig.

(4) Gegen einen Beschluß, mit dem über die nachträgliche Einleitung oder Fortsetzung

zurücktreten, solange sie noch nicht Anklage eingebracht hat. Danach hat er bei Gericht zu beantragen, das Verfahren einzustellen (§ 199).

(2) Gerichtliche Beschlüsse nach diesem Hauptstück sind in der Hauptverhandlung vom erkennenden Gericht, sonst vom Vorsitzenden, in der Hauptverhandlung vor dem Geschworenengericht jedoch vom Schwurgerichtshof zu fassen. Bevor das Gericht dem Beschuldigten eine Mitteilung nach den §§ 200 Abs. 4, 201 Abs. 4, 203 Abs. 3 oder einen Beschluss, mit dem das Verfahren eingestellt wird, zustellt, hat es die Staatsanwaltschaft zu hören. Gegen einen solchen Beschluss steht nur der Staatsanwaltschaft Beschwerde zu; dem Beschuldigten ist dieser Beschluss erst dann zuzustellen, wenn er der Staatsanwaltschaft gegenüber in Rechtskraft erwachsen ist.

(3) Solange über eine Beschwerde gegen einen Beschluss, mit dem ein Antrag auf Einstellung des Strafverfahrens nach diesem Hauptstück abgewiesen wurde, noch nicht entschieden wurde, ist die Durchführung einer Hauptverhandlung nicht zulässig. Eine Beschwerde gegen die nachträgliche Fortsetzung des Strafverfahrens hat aufschiebende Wirkung.

des Strafverfahrens entschieden wird (§ 90h), steht dem Verdächtigen und dem Staatsanwalt die binnen 14 Tagen nach Zustellung einzubringende Beschwerde an den übergeordneten Gerichtshof zu. Die Beschwerde gegen die nachträgliche Einleitung oder Fortsetzung des Strafverfahrens hat aufschiebende Wirkung.

X. Registrierung

§ 90m. Einen nicht bloß vorläufigen Rücktritt von der Verfolgung und eine Einstellung des Verfahrens nach diesem Hauptstück (§§ 90c Abs. 1, 90d Abs. 5, 90f Abs. 4 und 90g Abs. 1) hat die Staatsanwaltschaft im Geschäftsregister derart zu Kennzeichnen, daß dieser Umstand im Fall einer automationsunterstützten Namensanfrage für einen Zeitraum von fünf Jahren ab Rechtswirksamkeit des Rücktritts oder der Einstellung angezeigt wird. Wenn das Strafverfahren nach § 90h nachträglich eingeleitet oder fortgesetzt wird, ist diese Kennzeichnung zu löschen.

JGG

Jugendstrafrecht

Straflosigkeit von Unmündigen und Jugendlichen

§ 4. (1) Unmündige, die eine mit Strafe bedrohte Handlung begehen, sind nicht strafbar.
(2) Ein Jugendlicher, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ist nicht strafbar, wenn
1. er aus bestimmten Gründen noch nicht reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen

JGG

Jugendstrafrecht

Straflosigkeit von Unmündigen und Jugendlichen

§ 4. (1) Unmündige, die eine mit Strafe bedrohte Handlung begehen, sind nicht strafbar.
(2) Ein Jugendlicher, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ist nicht strafbar, wenn
1. er aus bestimmten Gründen noch nicht reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen

oder nach dieser Einsicht zu handeln,

2. er vor Vollendung des sechzehnten Lebensjahres ein Vergehen begeht, ihn kein schweres Verschulden trifft und nicht aus besonderen Gründen die Anwendung des Jugendstrafrechts geboten ist, um den Jugendlichen von strafbaren Handlungen abzuhalten, oder

3. die Voraussetzungen des § 42 StGB vorliegen.

oder nach dieser Einsicht zu handeln, oder

2. er vor Vollendung des sechzehnten Lebensjahres ein Vergehen begeht, ihn kein schweres Verschulden trifft und nicht aus besonderen Gründen die Anwendung des Jugendstrafrechts geboten ist, um den Jugendlichen von strafbaren Handlungen abzuhalten.

Besonderheiten der Ahndung von Jugendstraftaten

§ 5. Für die Ahndung von Jugendstraftaten gelten die allgemeinen Strafgesetze, soweit im folgenden nichts anderes bestimmt ist:

1. Die Anwendung des Jugendstrafrechts hat vor allem den Zweck, den Täter von strafbaren Handlungen abzuhalten.

2. An die Stelle der Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe und der Androhung einer Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder lebenslanger Freiheitsstrafe tritt,

a) wenn ein Jugendlicher die Tat nach Vollendung des sechzehnten Lebensjahres begangen hat, die Androhung einer Freiheitsstrafe von einem bis zu fünfzehn Jahren,

b) sonst die Androhung einer Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren.

3. An die Stelle der Androhung einer Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren tritt die Androhung einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.

4. Das Höchstmaß aller sonst angedrohten

Besonderheiten der Ahndung von Jugendstraftaten

§ 5. Für die Ahndung von Jugendstraftaten gelten die allgemeinen Strafgesetze, soweit im folgenden nichts anderes bestimmt ist:

1. Die Anwendung des Jugendstrafrechts hat vor allem den Zweck, den Täter von strafbaren Handlungen abzuhalten.

2. An die Stelle der Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe und der Androhung einer Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder lebenslanger Freiheitsstrafe tritt,

a) wenn ein Jugendlicher die Tat nach Vollendung des sechzehnten Lebensjahres begangen hat, die Androhung einer Freiheitsstrafe von einem bis zu fünfzehn Jahren,

b) sonst die Androhung einer Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren.

3. An die Stelle der Androhung einer Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren tritt die Androhung einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.

4. Das Höchstmaß aller sonst angedrohten

zeitlichen Freiheitsstrafen wird auf die Hälfte herabgesetzt; ein Mindestmaß entfällt.

5. Das nach Tagessätzen bestimmte Höchstmaß von Geldstrafen wird auf die Hälfte herabgesetzt.

6. Geldstrafen, deren Bemessung sich nach der Höhe eines Wertes, Nutzens oder Schadens richtet, einschließlich Verfallsersatz- und Wertersatzstrafen, sind nur zu verhängen, soweit sie das Fortkommen des Beschuldigten nicht gefährden.

zeitlichen Freiheitsstrafen wird auf die Hälfte herabgesetzt; ein Mindestmaß entfällt.

5. Das nach Tagessätzen bestimmte Höchstmaß von Geldstrafen wird auf die Hälfte herabgesetzt.

6. Geldstrafen, deren Bemessung sich nach der Höhe eines Wertes, Nutzens oder Schadens richtet, einschließlich Verfallsersatz- und Wertersatzstrafen, sind nur zu verhängen, soweit sie das Fortkommen des Beschuldigten nicht gefährden.

Absehen von der Verfolgung

§ 6. (1) Die Staatsanwaltschaft hat von der Verfolgung einer Jugendstraftat abzusehen, die nur mit Geldstrafe oder mit nicht mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist, wenn weitere Maßnahmen, insbesondere solche nach dem IXa. Hauptstück der Strafprozessordnung 1975 in Verbindung mit § 7, nicht geboten erscheinen, um den Verdächtigen von strafbaren Handlungen abzuhalten. Ein solches Vorgehen ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn die Tat den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat.

(2) Erscheint es geboten, den Verdächtigen über das Unrecht von Taten wie der angezeigten und deren mögliche Folgen förmlich zu belehren, so hat auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Vormundschafts- oder Pflegegericht diese Belehrung vorzunehmen. Unterbleibt eine Belehrung, so ist der Verdächtige zu verständigen, daß von der Verfolgung abgesehen worden ist.

(3) Unter denselben Voraussetzungen hat das Gericht nach Einleitung der

Absehen von der Verfolgung

§ 6. (1) Von der Verfolgung einer Jugendstraftat, die nur mit Geldstrafe oder mit einer Freiheitsstrafe bedroht ist, deren Höchstmaß fünf Jahre nicht übersteigt, hat die Staatsanwaltschaft abzusehen und das Ermittlungsverfahren einzustellen, wenn ein Vorgehen gemäß den §§ 190 bis 192 StPO nicht in Betracht kommt und weitere Maßnahmen, insbesondere solche nach dem 11. Hauptstück der StPO in Verbindung mit § 7, nicht geboten erscheinen, um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten. Ein solches Vorgehen ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn die Tat den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat.

(2) Auf Antrag der Staatsanwaltschaft hat das Pflegschaftsgericht den Beschuldigten über das Unrecht von Taten wie der verfolgten und deren mögliche Folgen förmlich zu belehren und danach zu verständigen, dass von der Verfolgung abgesehen worden ist. Unterbleibt ein

Voruntersuchung oder Erhebung der Anklage bis zum Schluß der Hauptverhandlung ein Verfahren wegen einer von Amts wegen zu verfolgenden strafbaren Handlung mit Beschluß einzustellen.

solcher Antrag, so hat die Staatsanwaltschaft den Beschuldigten unter sinngemäßer Anwendung des § 194 StPO zu verständigen, dass von der Verfolgung abgesehen worden ist.

(3) Unter denselben Voraussetzungen hat das Gericht nach Erhebung der Anklage bis zum Schluss der Hauptverhandlung ein Verfahren wegen einer von Amts wegen zu verfolgenden strafbaren Handlung mit Beschluss einzustellen. Die Bestimmungen über die Einstellung des Ermittlungsverfahrens auf Antrag des Beschuldigten (§ 108 StPO) bleiben davon unberührt.

Rücktritt von der Verfolgung nach dem

IXa. Hauptstück der Strafprozeßordnung

(Diversion)

§ 7. (1) Nach dem IXa. Hauptstück der Strafprozeßordnung 1975 hat die Staatsanwaltschaft bei Jugendstraftaten vorzugehen, die nur mit Geldstrafe oder mit nicht mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind, wenn nicht aus besonderen Gründen die Durchführung des Strafverfahrens oder der Ausspruch der Strafe unerläßlich erscheint, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken, und die übrigen in der Strafprozeßordnung erwähnten Voraussetzungen vorliegen. Eine Einstellung des Verfahrens durch das Gericht (§ 90b StPO) ist auch bei anderen Jugendstraftaten zulässig.

(2) Die Zahlung eines Geldbetrages (§ 90c StPO) soll nur vorgeschlagen werden, wenn

Rücktritt von der Verfolgung (Diversion)

§ 7. (1) Die Staatsanwaltschaft hat nach dem 11. Hauptstück der StPO vorzugehen und von der Verfolgung einer Jugendstraftat zurückzutreten, wenn auf Grund hinreichend geklärten Sachverhalts feststeht, dass eine Einstellung des Verfahrens nach den §§ 190 bis 192 StPO nicht in Betracht kommt, eine Bestrafung im Hinblick auf

1. die Zahlung eines Geldbetrages (§ 200 StPO) oder

2. die Erbringung gemeinnütziger Leistungen (§ 201 StPO) oder

3. die Bestimmung einer Probezeit, in Verbindung mit Bewährungshilfe und der Erfüllung von Pflichten (§ 203 StPO), oder

4. einen Tausch (§ 204 StPO)

Nicht geboten erscheint, um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer

anzunehmen ist, daß der Geldbetrag aus Mitteln gezahlt wird, über die der Verdächtige selbständig verfügen darf und ohne Beeinträchtigung seines Fortkommens verfügen kann.

(3) Gemeinnützige Leistungen (§ 90e Abs. 1 StPO) dürfen täglich nicht mehr als sechs Stunden, wöchentlich nicht mehr als 20 Stunden und insgesamt nicht mehr als 120 Stunden in Anspruch nehmen.

(4) Das Zustandekommen eines außergerichtlichen Tatausgleichs setzt die Zustimmung des Verletzten nicht voraus.

(5) Bei der Schadensgutmachung und einem sonstigen Tatfolgenausgleich (§§ 90c Abs. 3, 90d Abs. 3, 90f Abs. 2 und 90g Abs. 1 StPO) ist in angemessener Weise auf die Leistungsfähigkeit des Jugendlichen und darauf zu achten, daß sein Fortkommen nicht unbillig erschwert wird.

Handlungen abzuhalten.

(2) Ein Vorgehen gemäß Abs. 1 ist jedoch nur zulässig, wenn

1. die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer (§ 32 StGB) anzusehen wäre, und
2. die Tat nicht den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat, es sei denn, dass ein Angehöriger des Beschuldigten fahrlässig getötet worden ist und seine Bestrafung im Hinblick auf die durch den Tod des Angehörigen beim Beschuldigten verursachte schwere psychische Belastung nicht geboten erscheint.

Besonderheiten der Anwendung der Diversion auf Jugendstraftaten

§ 8. (1) Die Zahlung eines Geldbetrages (§ 200 StPO) soll nur vorgeschlagen werden, wenn anzunehmen ist, dass der Geldbetrag aus mitteln bezahlt wird, über die der Beschuldigte selbständig verfügen darf und ohne Beeinträchtigung seines Fortkommens verfügen kann.

(2) Gemeinnützige Leistungen (§ 202 Abs. 1 StPO) dürfen täglich nicht mehr als sechs Stunden, wöchentlich nicht mehr als 20 Stunden und insgesamt nicht mehr als 120 Stunden in Anspruch nehmen.

(3) Das Zustandekommen eines Tatausgleichs setzt die Zustimmung des Opfers nicht voraus (§ 204 Abs. 2 StPO).

(4) Bei der Schadensgutmachung und einem sonstigen Tatfolgenausgleich (§§ 200 Abs. 3, 201 Abs. 3, 202 Abs. 2 und 204 Abs. 1 StPO) ist in angemessener Weise auf die Leistungsfähigkeit des Jugendlichen und darauf zu achten, dass sein Fortkommen nicht unbillig erschwert wird.

SMG

Vorläufiger Zurücklegung der Anzeige durch die Staatsanwaltschaft

§ 35. (1) Wird eine Person angezeigt, weil sie den bestehenden Vorschriften zuwider eine geringe Menge Suchtmittel zum eigenen Gebrauch erworben oder besessen hat, so hat die Staatsanwaltschaft unter den nachstehenden Voraussetzungen und Bedingungen die Anzeige für eine Probezeit von zwei Jahren vorläufig zurückzulegen.

(2) Wird eine Person angezeigt, weil sie sonst eine nach den §§ 27 oder 30 strafbare Handlung oder auf Grund ihrer Gewöhnung an Suchtmittel eine nicht in die Zuständigkeit des Schöffengerichts oder Geschworenengerichts fallende strafbare Handlung im Zusammenhang mit der Beschaffung eines Suchtmittels begangen hat, so kann die Staatsanwaltschaft unter den nachstehenden Voraussetzungen und Bedingungen die Anzeige für eine Probezeit von zwei Jahren vorläufig zurücklegen, wenn die Schuld nicht schwer und die Zurücklegung nicht weniger als eine Verurteilung geeignet erscheint, den Angezeigten von solchen strafbaren Handlungen abzuhalten. Ebenso ist vorzugehen, wenn der Angezeigte wegen einer während der Probezeit nach Abs. 1

SMG

Vorläufiger Rücktritt von der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft

§ 35. (1) Die Staatsanwaltschaft hat unter den in den Abs. 3 bis 7 genannten Voraussetzungen und Bedingungen von der Verfolgung einer Straftat nach den §§ 27 Abs. 1 und 2 oder 30, die ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen worden ist, ohne dass der Beschuldigte daraus einen Vorteil gezogen hat, unter Bestimmung einer Probezeit von einem Jahr bis zu zwei Jahren vorläufig zurückzutreten.

(2) Die Staatsanwaltschaft hat unter den Voraussetzungen und Bedingungen der Abs. 3 bis 7 auch von der Verfolgung einer anderen Straftat nach den §§ 27 oder 30 bis 31a, einer Straftat nach den §§ 28 oder 28a, sofern der Beschuldigte an Suchtmittel gewöhnt ist, oder einer im Zusammenhang von Suchtmitteln begangenen Straftat unter Bestimmung einer Probezeit von einem Jahr bis zu zwei Jahren vorläufig zurückzutreten, wenn

1. die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Schöffengerichts oder Geschworenengerichts fällt,
2. die Schuld des Beschuldigten nicht als

begangenen weiteren Tat im Sinne des Abs. 1 angezeigt wird.

(3) Eine vorläufige Zurücklegung der Anzeige setzt voraus, daß

1. eine Auskunft des Bundesministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales im Sinne des § 25 und

2. eine Stellungnahme der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde darüber eingeholt worden ist, ob der Angezeigte einer gesundheitsbezogenen Maßnahme gemäß § 11 Abs. 2 bedarf oder nicht, um welche Maßnahme es sich gegebenenfalls handeln soll und ob eine solche Maßnahme zweckmäßig und ihm nach den Umständen möglich und zumutbar und nicht offenbar aussichtslos ist oder nicht.

(4) Die Staatsanwaltschaft kann von der Einholung einer Stellungnahme der Bezirksverwaltungsbehörde absehen, wenn eine Person ausschließlich deshalb angezeigt wird, weil sie Stoffe oder Zubereitungen aus der Cannabispflanze in geringer Menge zum eigenen Gebrauch erworben oder besessen hat, und wenn kein Grund zur Annahme besteht, daß die Person einer gesundheitsbezogenen Maßnahme bedarf. Eine Stellungnahme ist jedoch einzuholen, wenn eine Person innerhalb der letzten fünf Jahre vor dieser Anzeige bereits deswegen angezeigt wurde.

(5) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat vor Abgabe ihrer Stellungnahme die Begutachtung des Angezeigten durch einen mit Fragen des Suchtgiftmißbrauchs hinreichend vertrauten Arzt, der

schwer anzusehen wäre und

3. der Rücktritt nicht weniger als eine Verurteilung geeignet erscheint, den Beschuldigten von solchen Straftaten abzuhalten.

Ebenso ist vorzugehen, wenn der Beschuldigte wegen einer während der Probezeit nach Abs. 1 begangenen weiteren Straftat im Sinne des Abs. 1 verfolgt wird.

(3) Ein vorläufiger Rücktritt von der Verfolgung setzt voraus, dass

1. eine Auskunft des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend im Sinne des § 26 und

2. eine Stellungnahme der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde darüber eingeholt worden sind, ob der Beschuldigte einer gesundheitsbezogenen Maßnahme gemäß § 11 Abs. 2 bedarf, um welche Maßnahme es sich gegebenenfalls handeln soll, ob eine solche Maßnahme zweckmäßig, ihm nach den Umständen möglich und zumutbar und nicht offenbar aussichtslos ist.

(4) Die Staatsanwaltschaft kann von der Einholung einer Stellungnahme der Bezirksverwaltungsbehörde absehen, wenn der Beschuldigte ausschließlich deshalb verfolgt wird, weil er

1. Stoffe oder Zubereitungen aus der Cannabispflanze, die in § 27 Abs. 1 Z 3 genannten Pilze oder einen psychotropen Stoff zum ausschließlich persönlichen Gebrauch erworben, besessen, erzeugt, befördert, eingeführt oder ausgeführt oder einem anderen ausschließlich für dessen persönlichen Gebrauch angeboten,

erforderlichenfalls mit zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Angehörigen des klinischpsychologischen oder psychotherapeutischen Berufes zusammenzuarbeiten hat, zu veranlassen.

(6) Bedarf der Angezeigte einer gesundheitsbezogenen Maßnahme gemäß § 11 Abs. 2, so hat die Staatsanwaltschaft die vorläufige Zurücklegung der Anzeige davon abhängig zu machen, daß sich der Angezeigte – hat er einen gesetzlichen Vertreter, mit dessen Zustimmung – bereit erklärt, sich einer solchen Maßnahme zu unterziehen.

(7) Der vorläufige Zurücklegung der Anzeige kann, wenn dies zweckmäßig ist, auch davon abhängig gemacht werden, dass sich der Angezeigte – hat er einen gesetzlichen Vertreter, mit dessen Zustimmung – bereit erklärt, sich durch einen Bewährungshelfer betreuen zu lassen.

(8) Von der Zurücklegung der Anzeige sind der Angezeigte, das Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales und, wenn die Bezirksverwaltungsbehörde gemäß § 14 Abs. 1 Strafanzeige oder eine Stellungnahme erstattet hat, auch diese unverzüglich zu verständigen. Der Angezeigte ist zugleich über Bedeutung und rechtliche Wirkungen der Zurücklegung der Anzeige zu belehren. Die Probezeit wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.

überlassen oder verschafft habe, ohne daraus einen Vorteil zu ziehen, oder

2. die in § 27 Abs. 1 Z 3 genannten Pflanzen oder Pilze zum Zweck der Gewinnung oder des Missbrauchs von Suchtgift ausschließlich für den persönlichen Gebrauch oder persönlichen gebrauch eines anderen angebaut habe,

und wenn kein Grund zur Annahme besteht, dass der Beschuldigte einer gesundheitsbezogenen Maßnahme bedarf. Eine Stellungnahme ist jedoch einzuholen, wenn gegen den Beschuldigten innerhalb der letzten fünf Jahre vor diesem Strafverfahren bereits ein Ermittlungsverfahren wegen einer Straftat nach den §§ 27 bis 31a geführt wurde.

(5) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat vor Abgabe ihrer Stellungnahme die Begutachtung des Beschuldigten durch einen mit Fragen des Suchtmittelmissbrauchs hinreichend vertrauten Arzt, der erforderlichenfalls mit zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Angehörigen des klinischpsychologischen oder psychotherapeutischen Berufes zusammenzuarbeiten hat, zu veranlassen.

(6) Bedarf der Beschuldigte einer gesundheitsbezogenen Maßnahme gemäß § 11 Abs. 2, so hat die Staatsanwaltschaft den vorläufigen Rücktritt von der Verfolgung davon abhängig zu machen, dass sich der Beschuldigte – hat er einen gesetzlichen Vertreter, mit dessen Zustimmung – bereit erklärt, sich einer solchen Maßnahme zu unterziehen. Ist eine solche Maßnahme trotz der Bereitschaft des Beschuldigten, sich

dieser zu unterziehen, nicht zweckmäßig, nach den Umständen nicht möglich oder nicht zumutbar oder offenbar aussichtslos, so hat die Staatsanwaltschaft, soweit dies möglich und zweckmäßig ist, den vorläufigen Rücktritt davon abhängig zu machen, dass sich der Beschuldigte – hat er einen gesetzlichen Vertreter, mit dessen Zustimmung – bereit erklärt, während der Probezeit bestimmte Pflichten zu erfüllen, die als Weisungen (§ 51 StGB) erteilt werden könnten.

(7) Der vorläufige Rücktritt von der Verfolgung kann, wenn dies zweckmäßig ist, auch davon abhängig gemacht werden, dass sich der Beschuldigte – hat er einen gesetzlichen Vertreter, mit dessen Zustimmung – bereit erklärt, sich durch einen Bewährungshelfer betreuen zu lassen.

(8) Die Staatsanwaltschaft hat dem Beschuldigten mitzuteilen, dass die Durchführung eines Strafverfahrens gegen ihn unter den festgesetzten Bedingungen für eine Probezeit von einem Jahr bis zu zwei Jahren vorläufig unterbleibe, und ihn in sinngemäßer Anwendung des § 207 StPO zu belehren. Vom Rücktritt von der Verfolgung ist der Beschuldigte, das Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend und, wenn die Bezirksverwaltungsbehörde gemäß § 14 Abs. 1 Strafanzeige oder eine Stellungnahme erstattet hat, auch diese unverzüglich zu verständigen. Die Verständigung über den vorläufigen Rücktritt von der Verfolgung ist dem Beschuldigten zu eigenen Händen zuzustellen. Der Lauf der Probezeit beginnt mit der Zustellung der

Verständigung. Die Probezeit wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet. Im Übrigen sind die §§ 208 Abs. 3 sowie 209 StPO anzuwenden.

Abstract

Der österreichische Gesetzgeber hat mit der am 1.1.2000 eingeführten Diversionsregelung für den Bereich der leichten und der mittleren Kriminalität moderne Sanktionsformen geschaffen. Bei der Diversion wird auf ein förmliches Strafverfahren und die Verhängung von Sanktionen im formellen Sinn verzichtet. Ein Vorgehen nach dem 11. Hauptstück § 198 StPO ist jedoch ausgeschlossen,

- wenn die strafbare Handlung in die Zuständigkeit des Schöffengerichts oder des Geschworenengerichts fällt,
- die Schuld des Beschuldigten als schwer anzusehen wäre,
- die Tat den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat oder
- keine der in Betracht kommenden diversionellen Maßnahmen auszureichen scheint, um den Regelungen strafbarer Handlungen durch den Beschuldigten oder andere entgegenzuwirken.

Ich habe mich in meiner Arbeit mit der zweiten dieser Ausschlussgründe beschäftigt – dem Kriterium, ob die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer anzusehen wäre – und mich unter anderem mit folgenden Fragen auseinandergesetzt:

- Wann nimmt die Rechtsprechung schwere Schuld an?
- Welche Kriterien sind für die schwere Schuld relevant?
- Sind bei § 198 StPO im Gegensatz zu § 42 StGB alt (nunmehr: § 191 StPO Einstellung wegen Geringfügigkeit) für die Beurteilung der Schuld auch die Tatfolgen (dh neben Handlungs- und Gesinnungsunwert auch der Erfolgsunwert) zu berücksichtigen?
- In welchem Verhältnis stehen die Begriffe der „geringen“ und der „nicht schweren“ Schuld?
- Welche Bedeutung hat die Strafdrohung des jeweiligen Deliktstypus für die Beurteilung, ob die Schuld als nicht schwer zu qualifizieren ist?
- Wie aussagekräftig ist die Obergrenze der Strafdrohung?
- Wie verhält es sich, wenn bei den Jugendstraftaten eine Mindeststrafdrohung fehlt?

Zu Beginn der Untersuchung wird das Schuldprinzip im allgemeinen Strafrecht und der spezielle Schuldgriff bei der Diversion erläutert. Daran anschließend werden Entscheidungen des OGH und der Rechtsmittelinstanz aufbereitet und anhand dieser werden die einzelnen Problemstellungen erörtert. Im Aufbau geht es dann weiter zu den einzelnen Thesen, deren Ergebnisse dann in den Schlussfolgerungen aufbereitet werden.

Mag.iur. Tamara Maria CHRIST

Persönliche Daten		Geboren am 06.02.1982 in Wien Staatsbürgerschaft: Österreich Familienstand ledig
Ausbildung	06/00	Abschluss Matura, Bundesrealgymnasium Linzerstr. 146
	08/06	Absolvierung eines Business Summer College
	10/06	Abschluss des Magisteriums des Studiums der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
	11/06	Sponsion zur Mag.iur.
	seit 06/07	Doktoratstudium der Rechtswissenschaften Thema: Schwere Schuld als Ausschlusskriterium bei der Diversion
Vollzeitbeschäftigung	10/06 – 05/07	Gerichtspraxis als Rechtspraktikant am Bezirksgericht für Handelssachen Wien und am Landesgericht für Strafsachen
	05/07 – 12/07	Assistentin in Ausbildung am Institut für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Wien
	01/08 – 04/08	Interne Revision bei Austrian Airlines AG
	seit 05/08	Legal Counsel im Rechtsbüro der Austrian Airlines AG
Vortrag	11/07	“Development of Criminality and Criminal Prosecution in Austria” in Bratislava im Rahmen des Seminars “Forecasting of Crime Development and Control Crime in Central and Eastern Europe Countries”, Bratislava Gemeinsam mit Robert Kert
Publikation		Aufsatz im Sammelwerk: Development of Criminality and Criminal Prosecution in Austria, in: Fenyk (Ed.), Forecasting Crime Development and Control of Crime in Central and Eastern Europe Countries, S. 129-140 (Bratislava 2008: gemeinsam mit Robert Kert)

Wien am 07.Juli 2010